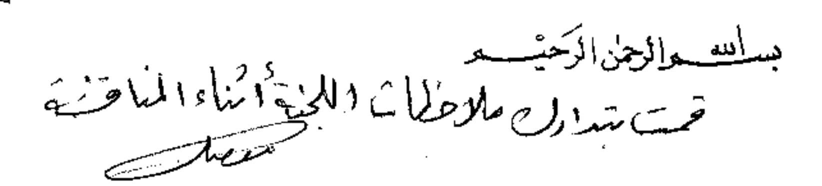


المملكة العربية السعودية
جامعة ام القرى - مكة المكرمة
الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول
شعبة الفقه



كتاب البيوع
من
الحاوي الكبير

للامام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى ٤٥٠ هـ

رسالة مقدمة الى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة الدكتوراة في الفقه



دراسة وتحقيق

محمد مفضل مصلح الدين

اشراف

الاستاذ الشيخ / السيد سابق محمد

المجلد الثاني

١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م


بسم الله الرحمن الرحیم
وبه نستعین

[- باب ثمرة الحائط يباع أصلـه -](١) من كتب (٢)

قال الشافعي رحمه الله (٣) : (أخبرنا سفيان بن عيينة ، عن الزهري ،عن سالم (٤) ،عن أبيه ،أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : "من باع نخلا بعد أن تؤبّر ، فثمرتها للبائع إلاّ أن يشترط (٥) المبتاع (٦) ».

---

(١) في المختصر : "باب بيع الثمر".

(٢) يعني : أنّ المزني اختصر مسائل هذا الباب من عدّة كتب الشافعي .

(٣) ب ،ج : رضي الله عنه . م : "الشافعي" فقط.

(٤) هو أبو عمر- ويقال أبو عبد الله - سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطّاب القرشي ،العدوى ،المدني ،التابعي ،الإمام ،الفقيه ، الزاهد ،العابد . وقد عدّه ابن المبارك من فقهاء المدينة السبعة ،وفيه خلاف مشهور. وعن ابن إسحاق قال : أصحّ الأسانيد كلها : " الزهرى عن سالم ،عن أبيه " وفيه خلاف أيضا . توفى بالمدينة سنة١٠٦ هـ على المشهور .انظر ترجمته في : طبقات الشيرازى ص ٦٢ ،وابن سعد ١٤٤/٥ ،والحلية ١٩٣/٢ ، وتهذيب الأسماء ٢٠٧/١ ،والتذكرة ٨٨/١ ،وتهذيب التهذيب ٤٣٦/٣ .

(٥) في الأصل "يشترطها " والمثبت من سائر النسخ و مصادر التخريج

(٦) روى مختصرا ومطوّلا بزيادة : " من باع عبدا وله مال ،فما له للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع .

والحديث أخرجه البخارى ١٠٢/٣ ، ١٥٠ ، ٢٤٧ ،ومسلم١١٧٢/٢ ، وأبو داود ٢٦٨/٣ ،والترمذى ٥٤٦/٣ ،والنسائي ٢٦١/٧ ، وابن ماجة ٧٤٥/٢ ،ومالك ٦١٧/٢ ،والشافعي في الأم ٣٥/٣ ، وابن الجارود ص ٢١٣ . قلت : ومعنى التأبير يذكره الماوردى في ص ٥٧٧ .

قال الشافعي : فاذا جعل النبيّ صلّى الله عليه وسلّم الإبار حدّا لملك البائع فقد جعل ما قبله حدّا لملك المشترى)[١].

وهذا كما قال ،إذا ابتاع أرضا ذات نخل مثمر ،أوابتاع نخلا فيه ثمر ،فالحكم فيهما سواء ،وقد دخل في البيع ما اتصل بالنخل من سعف[٢] وليف[٣].

وأمّا الثمرة ،فلا يخلو حالها في العقد من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يشترطا دخولها في البيع ،فتدخل فيه اتفاقا ،[٤] موءبّرة كانت أوغير موءبّرة ،ويصحّ بيعها تبعا للنخل ،وإن لم يشترط فيها القطع.

والحالة الثانية : أن يشترطا خروجها من البيع ،فتكون خارجة منه اتفاقا[٥] ، موءبّرة كانت، أوغير موءبّرة ،لكن إن كانت موءبّرة ، لم يلزم اشتراط قطعها ،لأنها خارجة بالعقد ،والشرط تاكيد . وإن كانت

---

(١) أنظر : مختصر المزني ١٥٩/٢ ،وراجع في المسألة أيضا : الأمّ ٣٥/٥ ،والتنبيه ص ٦٥ ،والمهذّب ٢٨٥/١ ،والروضة ٥٤٨/٣ والتكلة ٢٤٨/١١ ،والنهاية ١٣٨/٤ ،والمغني ٨٦/٢ ،وشرح المحلّى ٢٣٠/٢.

(٢) السَعَفُ : جمع سَعَفَة بفتحتين وهي غصن النخل ،كما في المختار ص ٣٠٠.

(٣) الليف : قشر النخل الذى يجاور السعفة ،الواحدة : ليفة . أنظر : القاموس ٢٠٤/٣ ،والمعجم الوسيط ٨٥٦/٢.

(٤) أنظر : المغني لابن قدامة ٥٢/٤ ،وفتح القدير ٢٨٣/٦.

(٥) أنظر : المرجعين السابقين ،وقد جاء في المغني : " وقال مالك : إن اشترطها المشترى بعد التأبير جاز ؛ لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها ،وان اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز ،لأنّ اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بُدُوّ صلاحها بشرط تركها »

غير موءبّرة قال الشافعي في كتاب الصرف[١] : لم يصحّ[٢] إخراجها من العقد إلّا باشتراط القطع ؛ لأنها تخرج من العقد بالشرط ، فاعتبر فيها حكم ما استوءنف عليه العقد من اشتراط القطع . فعلى هذا لو أغفلا اشتراط قطعها على البائع ، فسد البيع ، ولو استثنى البائع نصف الثمرة فسد العقد ، لتعذّر اشتراط القطع.

والحالة الثالثة : أن يطلقا حال الثمرة في العقد ، فقد اختلف الفقهاء في حكم الثمرة على ثلاثة مذاهب :

أحدها : أنها داخلة في البيع كالليف والسعف . وهذا قول ابن أبي ليلى[٣] . / ٧٢/أ

والثاني : أنها خارجة من البيع كالزرع ، وهذا قول أبي حنيفة[٤] .

---

(١) أنظر نصّه في باب بيع الآجال من الأم ٦٩/٣ (ببعض الفرق) وليس في الصرف .

(٢) ب : لم يجز .

(٣) نسبه اليه ابن رشد في البداية (١٥٨/٢) قال : وردّ الحديث بالقياس ؛ لأنه رأى أنّ الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلّا إن كان لم يثبت عنده الحديث .
ونسبه اليه ابن قدامة أيضا في المغني (٥١/٤) وعلّل له : "لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة ، فكانت تابعة له كالأغصان ".
ثم قال : والحديث صريح في ردّ قوله ، ولأنه نماء كان لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع له بعد ظهوره ، كالحمل في الحيوان . فأمّا الأغصان فانها تدخل في اسم النخل ، وليس لانفصالها غاية .
وأيضا الكمال في الفتح ٢٨٣/٦ ، والخرشي ١٨١/٥ ، ونسبه الى ابن عتّاب أيضا .

(٤) ونسبه ابن قدامة في مغنيه (٥١/٤) إلى الأوزاعي أيضا . ===

والثالث : أنها إن كانت مؤبّرة فهي خارجة من البيع ،وإن كانت غير مؤبّرة ، فهي داخلة في البيع.(١)

واستدلّ أبو حنيفة على أنّ غير المؤبّرة لا تدخل في البيع بأنها مما يصحّ إفراده بالعقد ،فلم يجز أن يكون تبعا لأصله في البيع كالمؤبّرة.

قال : ولأنه عقد لا تتبعه الثمرة المؤبّرة ،فوجب أن لا تتبعه الثمرة غير المؤبّرة(٢) كالرهن.

قال : ولأنّ الثمرة نماء كالزرع ،فلمّا استوى حال الزرع في كونه(٣) بذرا ،وظهوره بقلا في أنه لا يدخل في البيع تبعا للأرض،وجب أن يستوى حال الثمرة في كونها(٤) في الطلع ،وظهورها مؤبّرة بارزة من الطلع في أن لا تدخل في البيع تبعا للنخل.

=== وانظر في مذهب أبي حنيفة : بدائع الصنائع ٣٠٥٦/٦ وقال في الاستدلال لمذهب أبي حنيفة : " ولأنّ النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه إلّا بقرينة زائدة ". والهداية مع الفتح ٢٨٣/٦ وقد استدلّ المرغيناني بحديث " من اشترى أرضا فيها نخل ،فالثمرة للبائع إلّا أن يشترط المبتاع " وأجاب الكمال عن حديث الجمهور بأنه استدلال بمفهوم الصفة ، والحنفية ينكرون حجيته .
والتبيين ١١/٤ ونسب حديث أبي حنيفة الى أبي داود . والبحر الرائق ٣٢٢/٥ ،والفتاوى الهندية ٣٥/٣ ، وحاشية ابن عابدين ٥٥٣/٤ .

(١) وهو مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة .
انظر في مذهب الشافعية ما تقدّم من المراجع في بداية المسألة.
وفي مذهب المالكية : البداية ١٥٨/٢ ،والخرشي ١٨١/٥ ،
وفي مذهب الحنابلة : المغني لابن قدامة ٥١/٤ ،والكشّاف ٢٦٦/٣ .

(٢) أ : " الغير مؤبّرة " د: " الغير المؤبّرة " والمثبت من ب ،ج .
(٣) ب " نموه ".
(٤) ب : " نموها ".

وتحريره : أنه نماء[1] لو كان ظاهرا لم يتبع أصله في البيع ، فوجب إذا كان كامنا أن لا يتبعه[2] في البيع كالزرع .

ودليلنا : ما رواه الشافعي في صدر الباب عن النبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم أنه قال : " من باع نخلا بعد أن تؤبّر ، فثمرتها للبائع إلاّ أن يشترطها[3] المبتاع ".

وفيه[*] دليلان :

أحدهما : ما ذكره الشافعي من دليل الخطاب[4] أنّ الحكم إذا علّق بأحد الوصفين ، انتفى ذلك الحكم عن الوصف الآخر . فلمّا جعل الإبار حدّا لملك البائع ، فقد جعل ما قبله حدّا لملك المشترى .

والثاني : أنه جعلها للبائع بشرط التأبير ، فلم يجز أن تجعل له مع عدم التأبير .

ودليل ثالث من الخبر ، وهو أنّ نصّه على التأبير لا يخلو من

(*) من د وفي أ ب ج : ومنه .

(1) نماء : ساقط من ج .

(2) ب ، ج : لم يتبعه .

(3) ب : أن يشترط .

(4) دليل الخطاب عند الأصوليين هو : الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عمّا عداه . ويُسَمّى " مفهوم المخالفة " و " لحن الخطاب " أيضا . وهو حجّة عند جمهور الفقهاء والمتكلمين . وذهب الحنفية والظاهرية الى عدم حجّيته . أنظر في ذلك : الإحكام للآمدى ٢/ ٢١٢ ، والمستصفى ٢/ ١٩١ ، واللمع ص ٢٥ ، وروضة الناظر ص ١٣٩ ، وفواتح الرحموت ١/ ٤١٤ ، ومناهج العقول ١/ ٣١٢ .

أحد أمرين : إمّا أن يراد به [1] التنبيه [2] على غيره ،أو التمييز من غيره ،فلم يجز أن يراد به التنبيه ،لأنّ حكم ما لم يؤبّر أخفى من حكم ما قد أُبّر . والتنبيه ما يقصد به بيان الأخفى ليدُلّ على حكم الأظهر، فثبت أنّ المراد به التمييز من غيره ،وأنّ الحكم مختصّ به .

ورُوِىَ أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنشد قول الأعرابي [3] حين صرم [4] عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخله له :

جددت جنى [5] نخلتي ظالما ... وكان الثمار لمن قد أبـر [6]

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " وكان الثمار لمن قد أبر " فكان [7] ذلك منه إثباتا لهذا الحكم .

---

(١) أثبته من ب .أ ،ج ،د : أن يريد به .

(٢) التنبيه عند الأصوليين هو : ما يكون الحكم في غير المذكور أولى منه في المذكور ،ويُسمّى " مفهوم الموافقة " و " فحوى الخطاب " أيضا . وهو حجة عند الجميع ما عدا الظاهرية . انظر : الإحكام للآمدى ٢/ ٢١٠ ، واللمع ص ٢٥ ،وروضة الناظر ص ١٣٨ ،وفواتح الرحموت ١/ ٤٣١ .

(٣) ب ،ج : الأنصارى .

(٤) صَرَمَ الشّئ : قطعه كما في الصحاح ٢/ ٤٥٤ ،والمختار ص ٩٥ .

(٥) جَنَى الثمرةَ : من باب رمى ،واجتناها بمعنى : التقط، والجني : ما يجتنى من الشجر ، يقال : أتانا بجناة طيّبة "، انظر : الصحاح ٦/ ٢٣٠٥ ،والمختار ص ١١٤ .

(٦) لم أقف على البيت ولا على الحديث .

(٧) أ ،ب ،د : " وكان " ،والمثبت من جـ ، وهو الأوفق .

كما أنشد قول الأعشى:(١)

وهُنّ شرّ غالب لمن غلب.(٢)

فقال النبي(٣) صلّى الله عليه وسلّم: "وهُنّ شرّ غالب لمن غلب" تثبيتا(٤) لهذا القول.

ورُوِيَ أنّ رجلين تبايعا نخلا، ثم اختصما في الثمرة / فقضى ٧٢/ب بها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم للّذى لقّح.(٥)

فدلّ على أنّ التلقيح - وهو التأبير - عَلَم يتعلّق به الحكم

---

(١) هو ميمون بن قيس بن جندل أبوبصير المعروف بأعشى قيس، ويقال له أعشى بكر بن وائل، والأعشى الكبير أيضا. من شعراء الطبقة الأولى في الجاهلية، وأحد أصحاب المعلّقات. عاش عمرا طويلا، وأدرك الاسلام ولم يسلم. ولقّب بالأعشى لضعف بصره، وعمى في آخر عمره. مولده ووفاته في قرية "منفوحة" باليمامة قرب مدينة الرياض. وفيها داره، وبها قبره، توفي سنة ٧ هـ. انظر في ترجمته: المؤتلف والمختلف للآمدى ص١٠، ومعجم الشعراء للمرزباني ص٤٠١، وخزانة الأدب للبغدادى ١/١٧٤. والأعلام للزركلي ٨/٣٠٠.

(٢) هذا الشعر منسوب الى الثلب اليماني في البيان والتبيين للجاحظ ٣/٢٠٤.

(٣) لم أعثر عليه في مظانه.

(٤) ب: "تبيينا" وهو خطأ.

(٥) لم أقف عليه باللفظ المذكور. وقد ورد في التلخيص (٣/٢٧) بلفظ: "أنّ رجلا ابتاع نخلا من آخر واختلفا، فقال المبتاع: أنا أبّرته بعد ما ابتعت. وقال البائع: أنا أبّرته قبل البيع، فتحاكما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقضى بالثمرة لمن أبّر منهما". رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي من مرسل عطاء، وعزاه ابن الطلاع في الأحكام الى الدلائل للأصيلي مسندا عن ابن عمر.

في تمليك الثمرة ، فان لقّح البائع كانت الثمرة له ، وإن لقّح المشترى اقتضى أن تكون الثمرة له .

ولأنّ ثمرة النخل إذا كانت طلعا بمثابة الحمل إذا كان (١) مستجنا (٢) ، فاذا برزت من طلعها صارت (٣) كالحمل إذا انفصل عن أمه . فلمّا كان الحمل قبل انفصاله تبعا لأمه في البيع ، اقتضى أن تكون الثمرة قبل بروزها من الطلع تبعا للنخل في البيع .

وتحريره قياسا : أنه نماء مستجنّ في أصله ، فوجب إذا لم يظهر أن يكون في البيع تبعا لأصله كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع .

فان قيل : المعنى في الحمل أنه لا يجوز إفراده بالعقد (٤) فلذلك كان تبعا ، وليس كذلك الثمرة ؛ لأنه يجوز إفرادها بالعقد فلم تكن تبعا .

قيل : هذا فاسد بأبواب الدار . ثم يقال : الحمل جار مجرى أبعاض الأم . فلمّا لم يجز العقد على أبعاضها ، لم يجز على حملها ، والثمرة قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجر ، فلمّا جاز العقد على أغصانها ، جاز على ثمرها .

ولأنها (٥) ثمرة تختلف أحوالها ، فجاز أن تكون تبعا لأصلها (٦) في بعض أحوالها ، قياسا على نور الثمار (٧) قبل انعقادها .

---

(١) ب : اذا كانت .
(٢) مستجنا : أى مستترا . كما في الصحاح ٥/ ٢٠٩٥ ، والمختار ص ١١٤ .
(٣) ب : كانت .
(٤) بالعقد : ساقط من د .
(٥) أ ، د : "لأنها" بدون الواو . والتصويب من ب ، ج .
(٦) د : لأصولها .
(٧) نور الثمار : أزهارها ، الواحدة نورة ، والجمع : أنوار ، كما في المصباح ص ٦٢٩ .

وأمّا الجواب عمّا ذكروه من قياسهم على المؤبّرة ،فالمعنى في المؤبّرة أنها ظاهرة ،فلم تكن تبعا كالولد . وغير المؤبّرة كامنة ، فكانت تبعا كالحمل .

وأمّا الجواب عن قياسهم على الرهن ، فلنا في الرهن مذهبان[1] :

أحدهما : يتبع الرهن ما كان غير مؤبّر . فعلى هذا سقط السؤال .

والثاني : لا يتبع . فعلى هذا المعنى في الرهن أنه لمّا ضعف عن أن تتبعه الثمرة الحادثة ، ضعف عن أن تتبعه المتقدّمة . وليس كذلك البيع .

وأمّا الجواب عن قياسهم على الزرع ،فالمعنى في الزرع أنه مستودع في الأرض ،وليس بحادث منها . فلهذا لم يكن تبعا لها . وليس كذلك الثمرة .

- فصـــل -

فأمّا طلع[2] الفحول قبل تأبيره ،ففيه وجهان[3] :

---

(١) بل فيه طريقان عند الشافعية . أحدهما : القطع بعدم الدخول ونفي الخلاف . والثاني : فيه قولان : أصحهما : أنها لا تدخل في الرهن . انظر : المهذّب ٣١٨/١ ، والتنبيه ص ٧٠ ،والفتح ٥٥/١٠ .

(٢) الطلع بالفتح : ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمرا إن كانت أنثى . وإن كانت النخلة ذكرا لم يصر ثمرا بل يؤكل طريّا ،ويترك على النخلة أياما معلومة حتي يصير فيه شيء أبيض مثل الدقيق . وله رائحة ذكيّة فيلقّح به الأنثى . انظر : المصباح ص ٣٧٥ .

(٣) أصحّهما عند الأكثرين هو الوجه الأول ،وقال الشيرازى في

===

أحدهما : يكون تابعا [١] للعقد داخلا في البيع كطلع الإنـــاث .

والوجه الثاني - وهو أصحّ - : أنه لا يكون تابعا [١] ولا يدخل في البيع.

والفرق بينه وبين طلع الإناث أنّ طلع الإناث لا يؤخذ [٢] إلّا بعد إباره وتناهيه [٣] بسرا أو رطبا . وطلع الفحول يؤخذ [٤] قبل إباره ويكون حال تناهيه طلعا .

وهذان الوجهان مخرّجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإنـــاث

=== التنبيه والشيخ أبوحامد في تعليقه : إنه المنصوص ، وادّعى بعضهم أنه ليس في المسألة نصّ.
ودليل هذا الوجه : أنه طلع لم يتشقّق فدخل في بيع الأصــل كطلع الإناث .
والوجه الثاني صحّحه - كالماوردى - الجرجاني أيضا . ووجهه : أنّ ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقّق الإناث ، لأنه ليس له ثمرة غيره ، بخلاف طلع الإناث فان المقصود ما في جوفه . فاذا لم يظهر بالتشقّق يكون للمشترى .
وردّ على ذلك بأنّ المقصود من طلع الفحال ليس هو الاكل ، بل الكشّ الذى يلقّح به ، وهو غير ظاهر فهو كالإناث في التشقّق سواء . انظر المهذّب ١/ ٢٨٦ والتنبيه ص ٦٥ ، والشافـــي ٢٢/ب ، والفتح ٨/ ٤٢ ، والروضة ٣/ ٥٤٨ ، والتكملة ١١/ ٣٥٤ .

(١) د : تبعا . في الموضعين .
(٢) ج ، د : لا يوجد .
(٣) د : متناهية . وهو تصحيف.
(٤) ج ، د : "يوجد" وفي "ب" غير منقّط.

هل يقاس على الحمل / قياس تحقيق أو قياس تقريب ؟ (١) ١/٧٣

فقال بعضهم : قياس تحقيق . فعلى هذا لا يصير طلع الفحول مؤبّرا إلّا بالتشقّق (٢) والظهور .

وقال آخرون : بل قياس تقريب اعتبارا بالعرف . فعلى هـــذا يصير طلع الفحول مؤبّرا اعتبارا بالعرف .(٣)

- فصــل -

فاذا تقرّر هذا ،فالعقود التي يملك بها النخل المثمر (٤) على أربعة أضرب : (٥)

أحدها (٦) : عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق ، فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبّرة .

والضرب الثاني : عقد معاوضة على غير وجه المراضاة ،كالمبيع إذا استرجع لحدوث الفلس (٧) فهل تكون الثمرة التي لم تؤبّر تبعا له ؟ على وجهين (٨)

---

(١) يقصد بقياس التحقيق القياس القويّ الذى تجتمع فيه شروط القياس . ويقصد بقياس التقريب القياس الضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس ، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس ،لكنه خفي . راجع : تكملة السبكي ١٢/٣٦٥ .

(٢) ب : بالتشقيق .

(٣) أنظر : التكملة ١١/٣٥٤ ،ذكره نقلا عن الماوردى .

(٤) د : النخل المؤبّر .

(٥) انظر : التكملة ١١/٣٤٥ .

(٦) وكذا الخلع والإجارة كما إذا أجر داره مدّة بنخلة مطلقة . المرجع السابق .

(٧) وصورته : كما لو اشترى نخلا نسيئة ،فأطلعت في يده ،ثم أفلس فرجع البائع في عين ماله ،فهل تكون الثمرة التي لم تؤبّر تبعا له ؟

(٨) ذكرهما السبكي في تكملته ١١/٣٤٥ قال : وأصحهما عند الروياني : التبعية .

يذكران في الفلس [١] . وكالرهن إذا بيع جبرا على الراهن هل يبتاع معه ما لم يؤبّر من الثمرة [٢] ؟ على وجهين [٣] :

والضرب الثالث : ما لم يكن من عقود المعاوضات ،لكنه على وجه المراضاة ،كالهبة ،والوصية ، فهل تكون الثمرة التي لم تؤبّر تبعا له ؟ على وجهين [٤] يذكران في الهبة. [٥]

---

(١) جاء في كتاب الفلس من الحاوى (٧/٢٨٨/ب) نسخة جـ :
" وان كانت الثمرة عند فلس المشترى غير مؤبّرة . ففيها قولان :
أحدهما ـ رواه المزني وحرملة ـ : أنّ الثمرة للبائع ،وله أن يرجع بالنخل تبعا (كما) تكون في البيع تبعا لها . والقول الثاني ـ رواه الربيع ـ : أنّ الثمرة للمفلس لا حقّ للبائع فيها ، ويرجع بالنخل دونها ،لأنّ البائع يسترجع المبيع جبرا ، فلم يكن له الرجوع إلّا بعين ماله الذى تناوله عقده . وفارق ذلك حال المبيع من وجهين :
أحدهما : أن حال البيع عن مراضاة فجاز أن يدخل فيه توابع المبيع . وهنا عن إكراه فلم يتوجّه إلّا الى ما تضمّنه العقد .
والثاني : أنّ عقد البيع لمّا كان يقدر البائع فيه على استثناء الثمرة فيه لفظا دخلت فيه إطلاقا . وليس يقدر في فلس المشترى على مثل ذلك ،فافترقا . " أهـ بالاختصار.

(٢) وذلك كما إذا رهن نخلا فأطلعت ، فحلّ الدين والطلع لم يؤبّر، فبيع المرهون جبرا من غير رضى الراهن ، فهل يدخل الطلع في البيع ،أم لا ؟

(٣) ذكرهما السبكي في تكملته ١١/٣٤٥ ثم قال : وقطع الروياني هنا بالتبعية ،لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن.

(٤) ذكرهما السبكي في تكملته ثم قال : والصحيح من المذهب أنّ الوالد لا يسترجع الثمرة .

(٥) جاء في الموضع المشار اليه : " ولو كانت الهبة نخلا فأثمرت في يد الإبن ، ثم رجع الأب بالنخل . فان كانت الثمرة مؤبّرة عند رجوع

===

والضرب الرابع : ما لم يكن من عقود المعاوضات ،ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة ،كالطلاق إذا استرجع به نصف المهرقبل الدخول ، فلا تكون الثمرة داخلة فيه [(١)] لا يختلف المذهب فيه . وكالوالد [(٢)] إذا رجع فيما وهبه لولده ،لم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب .

- مسألة -

قال الشافعي : [(٣)] (وأقل الإبار أن يؤبر شيء [(٤)] من حائطه وإن قل ،وإن لم يؤبر الذى الى جنبه ،فيكون في معنى ما أبر كله .) [(٥)]

وهذا صحيح . إذا أبر الحائط أو نخلة منه كان تأبيرا لجميعه ، وصار ما لم يؤبر من الحائط في حكم ما قد أبر منه في كونه للبائع وخروجه من البيع ،لقوله صلى الله عليه وسلم : " من باع نخلا بعد أن تؤبر [(٦)]

=== الأب فهي للابن . وإن كانت غير مؤبرة ففيها قولان :
أحدهما : للابن أيضا ،لأنها نماء متميز . والثاني : للأب لأن ما لم يؤبر من النخل تبع لأصله كالبيع "كتاب الهدايا من الحاوى (١٠/ ٧١/ب) نسخة جـ.

(١) وصورته : أن يُصْدِقها نخلا لا طلع عليها ،ثم أطلعت ،وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول ،فههنا لا تتبع الثمرة الشجرة ،ولا ترجع الى الزوج قولا واحدا.
وذلك لأن الصداق إذا زاد زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة فلا يرجع به ،وانما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فاذا لم يرجع بالزيادة التي لم تتميز ،فلأن لا يرجع بالطلع أولى .
انظر : التكملة ١١/ ٣٤٥.

(٢) ب : "وكالولد " ،د : وكذا الوالد .

(٣) د : الشافعي رضي الله عنه .

(٤) د : شيئا .

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٦٠.

(٦) أثبته من د . وفي أ ، ب ،ج : "أن يؤبر ".

فثمرتها للبائع" ولم يفصّل بين أن يكون التأبير في جميعه أو بعضه.(١)

ولأنّ في اعتبار التأبير في كل نخلة مشقّة ،وفي تبعيض الثمرة بين البائع والمشترى اختلاف وسوء مشاركة ، فجعل ما لم يؤبّر تبعا لما قد أبّر (٢) في خروجه من المبيع.

فان قيل : فهلّا جعلتم ما قد أبّر تبعا لما لم يؤبّر في (٢) دخوله في البيع ؟

قيل : لأنّ المؤبّرة ظاهرة ،وغير المؤبّرة باطنة ،وقد استقرّ في الشرع أن يكون الباطن تبعا للظاهر ،ولا يكون الظاهر تبعا للباطن. ألا ترى ! أنّ ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع (٣) تبع (٤) لما ظهر في جواز البيع ،ولا / يكون ما ظهر تبعا لما بطن في بطلان البيع.(٥) ٧٣/ب

- فصل -

فاذا ثبت أنّ تأبير بعض النخل تأبير (٦) لجميع النخل ، فلا يخلو حال النخل من أحد أمرين : إمّا أن يكون نوعا واحدا أو أنواعا . فان كان نوعا واحدا فتأبير نخلة منه كتأبير جميعه . وإن كان أنواعا

---

(١) ج : أو في بعضه.

(٢) ما بين الرقمين ساقط من د .

(٣) الأجذاع جمع الجذع بكسر الجيم بمعنى ساق النخلة ،كما في المصباح ص ٩٤ .

(٤) أ ، د : تبعا . وهو خطأ ،والتصويب من ب ،ج .

(٥) انظر في المسألة : المهذّب ٢٨٦/١ ،والفتح ٤٩/٨ ،والروضة ٥٥١/٣ ،والتكملة ٣٥٨/١١ ،والنهاية ١٣٩/٤ ،ومغني المحتاج ٨٦/٢ ،وشرح المحلى ٢٣٠/٢.

(٦) أ ،د : "تابيرا" وهو خطأ والتصويب من ب ،ج .

فأُبّر نوع منه ،فهل يكون تأبيرا لجميع أنواعه (١) ؟ على وجهين (٢) :

أحدهما - وهو قول أبي علي بن خيران - (٣) : أنّ كل نوع معتبر بنفسه ،وأنّ تأبير أحد الأنواع لا يكون تأبيرا لجميع الأنواع ،لأنّ تلاحق النوع الواحد متقارب (٤) ،وتلاحق الأنواع المختلفة متباعد .

والوجه الثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : أنّ تأبير النوع الواحد من النخل تأبير لجميع أنواع النخل ،لما ذكرناه من خوف الاختلاف وسوء المشاركة . وأنه ربما اتفق تأبير الأنواع المختلفة ،واختلف تأبير النوع الواحد .

- فصل -

وإذا جرى على جميع الحائط حكم التأبير ،وجعلت (٥) الثمرة للبائع خارجة من البيع ،فأطلعت النخلة بعد ذلك طلعا مستحدثا ،نظر فيه ، فان كان من طلع العام المستقبل كان للمشتري . وإن كان من طلع العام الماضي

---

(١) أ ،د : فعلى . والمثبت من ب ،ج .

(٢) أصحّهما : الثاني ،وهو المذهب ،واليه ذهب أكثر أصحاب الشافعي . انظر : المهذّب ٢٨٦/١ ،والفتح ٥٠/٩ ،والروضة ٥٥١/٣ ،والتكملة ٣٥٩/١١ .

(٣) هو الشيخ أبو علي الحسين بن صالح بن خيران أحد أركان المذهب . كان زاهدا ورعا ، تقيّا ،متقشّفا ،من كبار الأئمة ببغداد . فرض عليه القضاء فلم يتقلّده . مات ٣٢٠ هـ على الأصحّ . انظر ترجمته في : طبقات الشيرازي ص ١١٠ ،وتاريخ بغداد ٥٣/٨ ،وابن خلّكان ١٣٣/٢ ،والبداية والنهاية ١٧١/١١ ، وطبقات السبكي ٢١٣/٢ ،والشذرات ٢٨٧/٢ ،وطبقات الحسيني ص ٥٥ .

(٤) في أ : " متفاوت " ،وهو خطأ . والتصويب من النسخ الأخرى .

(٥) في النسخ : " وجعل " وهو خطأ .

تأخّر ثم اطلع بعد تأبير ما تقدّم ،ففيه وجهان :(١)

أحدهما ـ وهوقول أبي علي بن أبي هريرة ـ : يكون للمشترى ، لحدوثه على ملكه .

والثاني ـ وهو قول أبي حامد الاسفرايني ـ(٢) : أنه يكون للبائع؛ لأنه لمّا كان ما لم يؤبّر تبعا لما قد أبّر من سوء المشاركة ، وجب أن يكون ما لم يطلع تبعا لما قد أطلع ،خوفا أيضا من سوء المشاركة. والوجه الأول أصحّ .

---

(١) أصحّهما عند الأكثرين هو الوجه الثاني . وصحّح الوجه الأول ـ كالماوردى ـ ابن ابي عصرون ، وابن الصبّاغ أيضا . وقد ردّ السبكي في تكملته (٣٦٢/١١) على تصحيح الماوردى فقال : " إنه مخالف لنصّ الشافعي الصريح . ثم قال : وما ألزم به الماوردى من " بيع مالم يخلق تبع لما خلق " فانما يلزم لوكان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء .
ثم قال : وقوله " إنّ ما لم يؤبّر يصحّ عليه العقد " فرّعه على رأيه ورأى غيره . وقد تقدّم عن أبي اسحاق أنه لا يصحّ بيعه ،وهو الأصحّ عند المحاملي وغيره. فعلى هذا لا يصحّ الفرق المذكور. "
وراجع أيضا : المهذّب ٢٨٦/١ ،والفتح ٥١/٩ ،والنهاية ١٤٤/٤ ،والمغني ٨٧/٢ .

(٢) اسمه : أحمد بن محمد بن أحمد ،ويعرف بابن أبي طاهر. وهو شيخ طريقة العراقيين ،وحافظ المذهب ،وجبل من جبال العلم.
ولد في اسفرايين (بلدة بخراسان بنواحي نيسابور) سنة ٣٤٤ هـ وانتقل الى بغداد ٣٦٤هـ ودرّس بها الفقه من سنة ٣٧٠هـ الى أن مات .
===

والفرق بين ما ذكره : أنّ ما لم يؤبّر يصحّ عليه العقد ، ويلزم فيه الشرط ، فجاز أن يصير تبعا لما قد أُبّر في العقد . وما لم يطلع لا يصحّ عليه العقد ، ولا يلزم فيه الشرط ، فلم يصر (١) تبعا لما قد استثناه العقد .

ولو كان ما ذكره تعليلا صحيحا ، لجاز بيع ما لم يخلق من الثمار تبعا لما قد خلق . كما يجوز (٢) بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه . وفيما ذكرناه من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله .

- فصل -

وإذا كان له حائطان محوزان (٣) ، فباعهما وقد أبّرت ثمرة أحدهما ولم تؤبّر ثمرة الآخر ، فلكل (٤) واحد من الحائطين حكم نفسه لامتيازهما ، وتكون الثمرة المؤبّرة للبائع ، وثمرة الحائط الذى

=== قال الخطيب : " أقام ببغداد مشغولا بالعلم ، حتى صار أوحد وقته ، وانتهت اليه الرياسة ، وعظُم جاهه عند الملوك والعوام .
وكان الناس يقولون : لو رآه الشافعي لفرح به " أهـ
وله كتاب مطوّل في أصول الفقه ، ومختصر في الفقه سمّاه " الرونق "
توفى سنة ٤٠٦ هـ .
انظر في ترجمته : طبقات الشيرازى ص ١٢٣ ، وتاريخ بغداد ٣٦٨/٤ ، والوفيات ٧٢/٢ وتهذيب الأسماء ٢٠٨/٢ ، وطبقات السبكي ٢٤/٣ ، والأسنوى ٥٧/١ ، والحسيني ص ١٢٧ .

(١) د : فلم يصير . خطأ .

(٢) د : كما لم يجوز . خطأ .

(٣) الحائط بمعنى البستان ، والجمع : حوائط . ومحوزان بمعنى : مضمومان ، من حازه أي : ضمّه وجمعه . انظر : المصباح ص ١٥٦ .

(٤) أ ، ج ، د : " ولكل " والتصويب من ب .

لم يؤبّر للمشترى .(١)

ولو كان حائط واحد فأبّرت ثمرة مقدّمه(٢) ، ولم تؤبّر ثمرة / مؤخّره . فان باع جميع الحائط كان كل الثمرة في حكم المؤبّرة . وإن أورد(٣) العقد على إحدى الحصّتين نظر ،فان كان العقد على(٤) مقدّم الحائط الذى قد أبّر فثمرته للبائع . وإن كان على(٥) مؤخّر الحائط الذى لم يؤبّر ، ففيه وجهان(٦) : ٧٤/أ

أحدهما : للبائع أيضا ،لأنّ الحائط واحد ،وتأبير بعضه تأبير لجميعه ،فيصير المؤخّر الذى لم يؤبّر في حكم المقدّم الذى قد أبّر .

والوجه الثاني : أنها تكون للمشترى ،لأنّ إفراد المؤخّر بالعقد يجعله في حكم الحائط المحوز ،فلا يكون تبعا لغيره في التابير .(٧)

---

(١) هذا هو الصحيح المشهورالذى جزم به -كالماوردى - القاضي أبوالطيّب والروياني والشيخ أبو حامد أيضا . وفيه وجه آخر : أنّالبساتين يتبعبعضها البعض فيما إذا اتّحد العقد والجنس والمالك .وأمّا إذا تعدّد واحد من هذه أفرد كل بحكمه جزما .
انظر التفصيل في: المهذّب ٢٨٦/١ ،والفتح ٥٠/٩ ،والروضة ٥٥١/٣ ،والتكملة ٢٦٠/١١ ،والنهاية ١٤٣/٤ ،والمغني ٨٧/٢ ، وشرح المحلى ٢٣٢/٢ .

(٢) أثبته من ب ،ج .أ ،د : متقدمه .

(٣) ب : أفرد .

(٤) د : في .

(٥) على : ساقط من د .

(٦) أصحّهما : أنه للمشترى ،انظر : المراجع السابقة .

(٧) ب : زيادة ،والله أعلم.

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله[1] : (ولو تشقق طلع إناثه أو شيء منه ،فهو في معنى ما أبّر نخله .)[2]

أمّا التأبير فهو : التلقيح[3] . والتلقيح[4] : هو أن يشقق طلع الإناث ،ويوضع فيه شيء من طلع الفحول ليشتدّ برائحته ويقوى ، فلا يلحقه الفساد على ما جرت به العادة ،وصحّت فيه التجربة .

وقد روى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم لمّا دخل المدينة رأى الأنصار يؤبّرون النخل ،فسأل عن ذلك فأخبروه.[5]

فقال : "لو تركوها لصلحت " فتركوها فتغيّرت . فقيل ذلك للنبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقال :" ما كان من أمر دنياكم فإليكم ،وما كان من أمر الآخرة فإليّ ".[6]

---

(١) ب ،د : رضي الله عنه .

(٢) انظر : مختصر المزني ٢/١٦٠.

(٣) انظر : الصحاح ٢/٥٧٤ ،والمصباح ص ١ وفيه :" أبَرت النخل أبْرا من باب ضرب وقتل . وأبّرته تأبيرا مبالغة وتكثير .

(٤) انظر في كيفية التأبير : الفتح ٩/٤٠ ،والروضة ٣/٥٤٨ ، والتكملة ١١/٣٢٨.

(٥) ب : وأخبروه . خطأ .

(٦) أخرجه مسلم في الفضائل ٣/١٨٣٥ من حديث موسى بن طلحة عن أبيه ،ومن حديث رافع بن خديج وعائشة وأنس ،بألفاظ مختلفة ،وأقربها للّفظ المذكور أعلاه هو حديث رافع ،قال : " قدم النبيّ صلّى الله عليه وسلّم المدينة وهم يؤبّرون النخل - يقولون يلقّحون النخل - فقال : " ماتصنعون ؟" قالوا : كنا نصنعه . قال : " لعلكم لو لم تفعلوا كان خيرا " فتركوه

===

فلو تشقّق طلع الإناث ،ولم يلقّح بطلع الفحول ،صحّ التأبير ، وخرجت من العقد ،لأنّ التلقيح ربما ترك فصلحت الثمرة . وقد يكون من أنواع النخل مايكونترك تلقيحه أصلح لثمرته .

فلو لم يتشقّق الطلع بنفسه ،لكن شقّقه أربابه ،فان كان ذلك في وقت الإدراك وزمان الحاجة كان تأبيرا ،وإن كان قبل الإدراك وفي غير زمان الحاجة ،لم يكن تأبيرا .(١)

مسألة

قال الشافعي رحمه الله(٢) : (وإن كان فيها فحول نخل بعد أن توبّر الإناث ،فثمرتها للبائع . وهي(٣) قبل الإبار وبعده في البيع في معنى(٤) ما لم يختلف قول فيه(٥) أنّ كل ذات حمل .) الفصل .(٦)

=== فنفضت ،أو فنقصت . قال : فذكروا ذلك له ،فقال : إنما أنا بشر إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به . واذا أمرتكم بشيء من رأى فانما أنا بشر" قلت : ومعنى نفضت : أى أسقطت ثمرها . وأخرجه ابن ماجة ٢/ ٨٢٥ من حديث طلحة وعائشة.وأحمد ٦/١٢٣ من حديث عائشة كلاهما بمعنى حديث مسلم .

(١) انظر في هذه المسألة : المهذّب ١/ ٢٨٦ ،والفتح ٩/ ٤٢ ، والروضة ٣/ ٥٤٨ ، والتكملة ١١/ ٣٤٦ ،والنهاية ٤/ ١٤٠ ، والمغني ٢/ ٨٦ ،وشرح المحلى ٤/ ٢٣٠ .

(٢) ب ،د : رضي الله عنه .

(٣) أثبتها من م. وفي أ ، ب ،ج :" فهي " وسقطت من د .

(٤) د : في بيع .

(٥) ب : " قوله فيه " م : ما لم يختلف فيه من أن .

(٦) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٦٠ وتمامه :" من بني آدم ومن البهائم بيعت ،فحملها تبع لها كعضو منها ،لأنه لم يزايلها . فان بيعت بعد أن ولدت فالولد للبائع ،إلاّ أن يشترط المبتاع ".

قد ذكرنا أنّ طلع الفحول إذا تشقّق كان مؤبّرا . وقبل تشقّقه على وجهين[1] :

أحدهما : لا يكون مؤبّرا كطلع الإناث .

والثاني : يصير في حكم المؤبّر ،لأنه يوجد في الغالب طلعا.

فاذا تبايعا نخلا فيها فحول وإناث ،فان أبّر طلع الإناث كان طلع الفحول تبعا له . وسواء تشقّق أولم يتشقّق . ولو أُبّر طلع الفحول إمّا بالتشقّق أوبظهور الطلع في أحد الوجهين ،ولم يؤبّر شيء من طلع الإناث ،فهل يصير طلع الإناث تبعا له / في التأبير حتى يحكم بجميعه للبائع ؟ على وجهين[2] : ٧٤/ب

أحدهما : يصير طلع الإناث تبعا لطلع الفحول في التأبير ، كما صار طلع الفحول تبعا لطلع الإناث في التأبير .

والوجه الثاني - وهو أصحّ - : أنّ طلع الإناث[3] لا يتبع طلع الفحول . وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الإناث .

والفرق بينهما : أنّ مقصود الثمار هو طلع الإناث ،لأنه يصير بسرا ورطبا وتمرا . وطلع الفحول تبع له[4] ،لأنه يراد لتلقيحه ،

---

(١) تقدّم في ص : ٥٦٧.

(٢) ذكرهما الرافعي في الفتح ٥٢/٩ ،والنووي في الروضة ٥٥١/٣ ، والسبكي في التكملة ٣٥٤/١١ ،وكلهم صحّحوا الوجه الأول . وقال السبكي بعد أن حكى تصحيح الماوردي للوجه الثاني : وهذا الوجه هو الذي يدلّ عليه نصّ الشافعي .

(٣) طلع الإناث : ساقط من د .

(٤) له : ساقط من د .

وليس يقصد في نفسه . فلذلك صار طلع الفحول تبعا لطلع الإناث في التأبير ، ولم يصر طلع الإناث تبعا له.

- فصـــل -

وإذا أخذ طلع الفحول جاز بيعه في قشره ،لأنّ استبقاءه[1] في القشر من صلاحه كالرّمان ،وكان أبو اسحاق المروزي رحمه الله[2] يمنع من بيعه في قشره حتى يصير بارزا . وليس هذا بصحيح لما ذكرناه.[3]

- مســألــة -

قال الشافعي[4] : (والكرسف إذا بيع أصله كالنخل ،إذا خرج جوزه ولم يتشقّق فهو للمشتري ،واذا تشقّق فهو للبائع .)[5]

أمّا الكرسف : فهو القطن[6] بلغة الحجاز . وهو بالبصـــرة ومصر[7] وأطراف اليمن والحجاز شجر[8] يلقط عاما بعد عام . ويكون في سائر البلاد زرعا يحصد في كل عام. فتكلّم الشافعي رحمه الله[9] على حكمه في بلاده.

---

(١) ب : استيفاؤه . وهو خطأ.

(٢) رحمه الله : لا يوجد في ب.

(٣) انظر : التكملة ١١/٣٥٧ قال السبكي : ونسب الإمام - يقصد الجويني - الأول الى معظم أصحابنا . وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين ،وأنه بناهما على بيع الحنطة فـــي سنبلها . قال الامام : وهذا مقدح حسن.

(٤) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه . ج : الشافعي رحمه الله.

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/١٦١

(٦) انظر : الصحاح ٤/١٤٢١ ،والمصباح ص ٥٣٠.

(٧) " ومصر " ساقط من أ ،د . وأثبته من ب ،ج.

(٨) ج : شجرا ،وهو خطأ .

(٩) ب : بدون رحمه الله ".

فاذا كان القطن في بلاد يكون شجرا كان منزّلا في أحواله تنزيل النخل ،لأنه في كمام (١) يتشقّق عنه . فاذا بيع شجر القطن مع الأرض أو مفردا عن الأرض ،وكان حمله شافكا (٢) ، أو وردا ، أو جوزا منعقدا فهو للمشترى تبعا لأصله ،كثمر النخل إذا كان طلعا لم يؤبّر. وإن كان جوزه قد تشقّق، وقطنه قد ظهر، فهو للبائع لا يتبع أصله ، كثمر النخل إذا أبّر.

فأمّا إذا كان القطن في بلاد يكون زرعا ،فلا يجوزأن يباع مفردا من الأرض إلّا أن يشترط القطع . واذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع نبات القطن ولا ما فيه من ورد وجوز كسائر الزروع (٣).

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (٤) : (وتخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل (٥) . فتكون كل ثمرة خرجت بارزة ترى (٦) في أول ما تخرج كما ترى في آخره فهو في معنى ثمر النخل بارزا من الطلع (٧). فاذا باعه شجرا مثمرا فهو للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع ،لأنّ الثمر فارق أن يكون مستودعا في الشجر ، كما يكون الحمل مستودعا في الأمة (٨).)

---

(١) كمام : جمع كمامة : وعاء الطلع وغطاء النّور ،انظر : الصحاح ٢٠٢٤/٥ .

(٢) هكذا في النسخ ،ولعله مصحف عن "شائكا " أى ذا شوك ،كما في القاموس ٣١٩/٣ .

(٣) انظر : المهذّب ٢٨٦/١ ، ٢٨٧ ،والفتح ٤٩/٩ ،والروضة٥٥٠/٣ والتكملة ٣٦٥/١١ .

(٤) ب ،د : رضي الله عنه .

(٥) النخل : ساقط من ب.

(٦) م : وترى .

(٧) أثبته من م . وفي النسخ " والطلع " وهو خطأ.

(٨) أنظر : مختصر المزني ١٦١/٢ .

وهذا صحيح . / وجملته أن النبات ضربان : شجر ، وزرع. ٧٥/أ

فأمّا الشجر فهو ما كان على ساق ، فلا يخلو حال حملهمن ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون مقصوده الورق.

والثاني : أن يكون مقصوده الورد .

والثالث : أن يكون مقصوده الثمار.

فأمّا ما كان المقصود منه الورق ، فكالحِنّاء والتوت(١) . فأمّا الحنّاء فان ورقه يبدو بعد تفرّع أغصانه من غير أن يكون في عقدة ينفتح عنها . فاذا بدا ورقه بعد التفرّع صار في حكم النخل المؤبّر فيكون للبائع.(٢)

وأمّا شجر الفرصاد : فنوعان ، نوع/ منه يعرف(٣) بالشامي يقصد منه ثمره دون ورقه ، فحكمه حكم ثمر الأشجار إذا طلع فلا اعتبار بظهور ورقه.

ونوع منه يقصد منه ورقه دون ثمره ، وورقه يبدو في عقده ثم ينفتح عنها . فان كان في عقده فهو تبع لأصله . وإن كانت عقده قد انشقّت وظهر ورقها لم يتبع أصله وكان للبائع.(٤) وكذا القول في كل ما قصد منه الورق .

---

(١) التُّوتُ : شجر معروف يعلفه دود القزّ ، وله حمل أحمر طيّب يؤكل ، ويقال له الفرصاد أيضا . أنظر : الصحاح ١/٢٤٥ ، والمصباح ص ٧٨ .

(٢) في الفتح ٩/٤٣ : " في البيان : وشجر الحنّاء ونحوه يجوز أن يلحق بشجر الفرصاد . ويجوز أن يقال : إذا ظهر ورقه فهو للبائع بلا خلاف ، لأنه لا ثمرة لها سوى الورق ، وللفرصاد ثمرة مأكولة . "

(٣) ب : يعرب . وهو تصحيف .

(٤) انظر : التنبيه ص ٦٥ وفيه : " قيل : إنه إن لم يتفتّح فهو

===

وأمّا ما كان المقصود منه الورد فيتنوّع [١] نوعين . نوع منه يبدو (بارزا كالياسمين [٢]) [٣] ،فهذا إذا وجد الورق فيه [٤] لم يتبع أصله . ونوع منه يبدو) [٢] مستجنّا ،إمّا بعقد تنفتح عنه ،أو بغطاء ينكشف عنه كالورد المطلق ،فان كان في كمامه لم يبرز ،فهو تبع لأصله ، وإن برز عمّا تحته لم يتبع أصله وكان للبائع .

وأمّا ما كان المقصود منه الثمر ، فعلى ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يبدو بارزا منعقدا كالتين ، فهذا وجوده في شجره كالتأبير لا يتبع أصله ،ويكون للبائع .

والضرب الثاني : ما يبدو في كمام ينشقّ [٥] عنه ، كالجوز عليه قشرتان . إحداهما عليا تنشقّ عنه [٦] في شجره .والثانية سفلى يؤخذ

=== للمشترى . وإن تفتّح فهو للبائع . وقيل : هو للمشترى بكل حال ."

والمهذب ٢٨٦/١ وقال في تعليل الوجه الأوّل : لأنّ الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار . وعلّل للثاني بقوله : لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار ،وليس كالثمر ،لأنّ ثمر التوت ما يؤكل منه ".

والفتح ٣٨/٩ ، والروضة ٥٤٩/٣ ،والتكلة ٣٧٠/١١ ، ونسب فيها الوجه الأوّل إلى أبي إسحاق ،قال : وصحّحه الروياني ،ونسب الإمام الجويني الوجه الثاني إلى جماهير الأصحاب ".

(١) ب : ليتنوّع .

(٢) مابين القوسين ساقط من د .

(٣) الياسمين : بكسر السين وقيل بفتحها ،معرّب ، مشموم معروف ، وهو غير منصرف . والبعض يعربه إعراب جمع المذكر السالم على غير قياس . المصباح ص٦٨١ .

(٤) د : النخل فيه ،خطأ .

(٥) ب : يتشقّق .

(٦) تنشقّ عنه ساقط من ب .

معها ويدّخر بها . فهذا في حكم طلع النخل . فاذا كان في قشرته العليا ، فهو تبع لأصله ويكون للمشتري . وإن انشقّت [*] عنه القشرة العليا ، وبرزت القشرة السفلى ، لم يتبع أصله وكان للبائع .

والضرب الثالث : ما يبدو وردا ونورا ، ثم ينعقد حبّا ، كالتفاح ، والمشمش ، والرّمان ، والسفرجل ، والكمثرى ، وما في معناه . فاذا كان وردا ونورا فهو تبع لأصله فيكون للمشتري . وإن انعقد وتساقط نوره لم يتبع أصله وكان للبائع . وكذلك اللوز في معناه .

فأمّا الكرم فنوعان . منه ما يورد [١] ثم ينعقد . ومنه ما يبدو حبّا منعقدا ، فيعتبر كلّ واحد من النوعين بحكم ما ذكرنا من نظائره / ٧٥/ب

فهذا حكم الشجر وما في معناه . فان لم يكن شجرا مثل بصل النرجس [٢] والزعفران ، إلّا أنه يبقى سنين في موضعه ، فيكون كشجر الورد على ما ذكرنا .

وأمّا الزرع فضربان :

ضرب إذا حصد لم يبق له أصل يستخلف ، كالبرّ والشعير . فهذا لا يتبع أصله إلّا بالشرط . ولا يجوز إفراده بالعقد إلّا بشرط القطع .

وضرب آخر يُجَزّ مرارا ويستخلف ، كالعلف وهو القتّ [٣] .

وأنواع من البقول ، فيكون ما طلع منه وظهر [٤] للبائع لا يتبع الأصل . وهل ينتظر بما طلع منه تناهى جزازه [٥] أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : ينتظر به تناهي جزازه [٥] . فاذا بلغ الحدّ

(*) من ب . وفي أ ج د : فان .

(١) أى يخرج وردها .

(٢) النرجس : مشموم معروف ، معرّب ، ونونه زائدة باتفاق ، كما في المصباح ص ٢١٩ .

(٣) القَتّ : الفِصْفِصَة إذا يبست ، وقيل : هو حبّ برّيّ لا يُنبته الآدمي ويقتات به أهل البادية وقت الجدب . أنظر : المصباح ص ٤٨٩ .

(٤) أ ، د : وما ظهر . والمثبت من ب ، ج .

(٥) ب : جوازه ، في الموضعين ، وهو تصحيف .

الذى جرت العادة بجزازه عليه ،فقد انتهى ملك البائع ،ويكون ما بعد تلك الجزّة بكمالها للمشترى . وهذا قول من زعم أنّ ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأُبّر .

والوجه الثاني[*] : أنه لا ينتظر به كمال جزازه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وإن لم يستكمل ،ويؤمر بجزازه وإن لم يستكمل . ويكون الاصّل الباقي وما يستخلف طلوعه من بعد العقد تابعا للاصْل . وهذا قول من زعم أنّ ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشترى ،ولا يكون تبعا لما أطلع منها وأُبّر.[1]

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ومعقول إذا كانت الثمرة للبائع أنّ على المشترى تركها في شجرها إلى أن تبلغ الجداد[2] ، واللقاط[3] ،أو القطاف[4] من الشجر .)[5]

(*) من ب ج . وفي أ د : الوجه الثاني .

(1) أنظر في المسألة : التنبيه ص ٦٥ ،والمهذّب ١/ ٢٨٦ ،والفتح ٩/ ٤٣ ، والروضة ٣/ ٥٤٩ ،والنهاية ٤/ ١٤٠ ،والمغني ٢/ ٨٧ ، وشرح المحلى ٢/ ٢٣١ .

(2) جداد : بفتح الجيم وكسرها زمان صرم النخيل ،يقال : جَدَّ النخلَ أى : صرمه ،وبابه ردّ . انظر : الصحاح ٢/ ٤٥٤ ، والمختار ص ٩٥ .

(3) اللقاط : أى أوان اللقط. يقال : لَقَطَ الشئَ والتقطه : أخذه من الأرض بلا تعب . أنظر : الصحاح ٣/ ١١٥٧ .

(4) القُطَاف : بضم القاف وفتحها أوان قطف الثمر. يقال : قَطَفْتُ العنب قطفا ،من باب ضرب ،أى قطعته.

هذا ،وقال السبكي في تكملته ١١/ ٤٠١ : " يقال الجداد والصرام في النخل والقطاف في الكرم ،واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره فيلتقط ".

(5) أنظر : المختصر ٢/ ١٦٢ . والأم ٣/ ٣٧ .

وهذا كما قال . إذا صارت ثمرة النخلة للبائع ،فلا يخلو حالهـــا من أحد أمرين : إمّا أن تصير له بالتأبير أو بالشرط قبل التأبير .

فان صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير ، فعلى البائـــع قطعها في الحال ،ولا يلزم المشترى تركها على نخله إلاّ باختياره . وانما كان كذلك ،لأنّ استثناء البائع لها إنما يصحّ على شرط القطع (١) لمـــا ذكرنا . وهذا الشرط يوجب عليـــه التزام موجبه .

وإن صارت الثمرة له بالتأبير من غير شرط ، فللبائع تركها علـــى نخلها وشجرها إلى أوان جدادها ولقاطها ،ولا يلزمه قطعها ، ولا للمشترى أن يمتنع من تركها .(٢)

---

(١) قال السبكي : وهذا الذى قاله الماوردى إنما يستقيم إذا شرطنا القطع في الاستثناء وقد تقدّم أنّ الأصحّ خلافه. انظر : تكملته ١١/٤٠٢ .

(٢) قلت : هذا مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي و أحمد .
انظر : المهذّب ١/٢٨٧ ،والفتح ٩/٥٤ . وفيه :
واعلم أنه حكى اختلاف القول في جواز إبقاء الثمار في صورتين :
إحداهما : لو تعذّر السقي لانقطاع الماء ، وعظم ضرر النخيل بابقاء الثمار ففيه قولان . أصحّهما : أنه ليس له الإبقاء دفعا للضرر عن المشترى .
والثانية : لو أصاب الثمار آفة سماوية ،ولم يكن في إبقائهـــا فائدة ،هل له الإبقاء ؟ فيه قولان ." أ هـ ملخصا .
والروضة ٣/٢٥٢ ،والمغني لابن قدامة ٤/٥٢ ،والإفصاح لابن هبيرة ١/٢٢١ . والنهاية ٤/١٤٣ ،ومغني المحتاج ٢/٨٧ ، وشرح المحلّى ٢/٢٣٢ .
وفي المراجع الثلاثة الأخيرة التصريح بعدم الفرق الذى ذكره الماوردى فقالوا : إنّ الثمرة إذا بقيت للبائع بالشرط أو غيره ، فان شـــرط القطع لزمه ،وإن شرط الإبقاء أو أطلق ،فله تركها إلى زمن الجداد .

وقال أبو حنيفة [١] : على البائع قطعها ،ولا يلزم المشترى تركها . احتجاجا بأنّ المشترى يملك منفعة ما ابتاعه ، فهو يملك منفعة النخل كما يملك منفعة الدار. فلمّا كان لو ابتاع دارا ،وجب على البائع نقل ما فيها من متاعه ليسلم للمشترى / منفعة داره ، كذلك إذا ابتاع نخلا ،وجب على البائع جداد ما عليها من ثماره . ليسلم للمشترى منفعة نخله . ثمّ أخذ الثمرة أولى ،لأنّ تركها مضرّ ،وترك المتاع غير مضرّ. ٧٦/أ

ولأنّه لو استحقّ البائع ترك الثمرة ،لكان قد استثنى منفعة ما باعه ، كمن باع دارا واشترط سكناها . فلمّا كان هذا فاسدا [٢] ، كان ما أدّى اليه فاسدا. [٣]

ودليلنا : هو أنّ المبيع إذا كان مشغولا بملك البائع ،وجب عليه نقله على ما جرت العادة به ،واستقرّ العرف عليه. ألا ترى ! لو باع داره ليلا ، لم يلزمه الانتقال عنها في الحال حتى يصبح ،اعتبارا بالعادة والعرف . ولو كانت الدار مملوءة بمتاعه لم يلزمه أن يجهد نفسه في نقله في يومه حتى ينقله في الأيّام اعتبارا بالعادة والعرف . وجب إذا باعه نخلا أن لا يلزمه أخذ ثمرها في الحال حتى ينتهي [٤] إلى وقت الجداد اعتبارا بالعادة والعرف .

ولأنّ ما ثبت [٥] بالعادة والعرف في حكم ما ثبت بالشرط ، بدليل

---

(١) انظر في مذهبه : البدائع ٦/ ٣٠٦٠ ،والتبيين ٤/ ١١ ،والبحر الرائق ٥/ ٣٢٤ ،والهداية مع الفتح ٦/ ٢٨٤ ،والدرّ المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٨٤.

(٢) أ : فاسد ،والتصويب من سائر النسخ .

(٣) أ ،د : فاسد . والتصويب من ب ،ج .

(٤) أ ج : وينتهي . والمثبت من ب ،ج .

(٥) ثبت : ساقط من د .

أنّ الأثمان المطلقة تحمل على غالب النقد ، كما لو ثبت ذلك بالشرط .

والعرف في الثمار تركها إلى وقت الجداد [1] (فلمّا كان لو شرط البائع تركها إلى وقت الجداد) [1] لزم ، وجب إذا كان العرف أن يترك إلى وقت الجداد أن يلزم [2].

وأمّا الجواب عمّا ذكروه [3] من الدار ، فهما سواء ، والعرف [4] فيهما معتبر . لكن العرف في الدار أن ينقل البائع متاعه في أوّل أوقات الإمكان ، وفي الثمار في أول أوقات الجداد . ثم نقول : منفعة الدار تبطل بإقرار المتاع فيها ، ولا تبطل منفعة النخل بإقرار الثمرة عليها .

وأمّا الجواب عن استدلاله : " بأنها منفعة مستثناة كالسكنى " فهو أنّ الأصول قد فرّقت بين استثناء المنفعة بالعقد وبين استثنائها بالشرط . ألا ترى أنه لو باع أمة واستثنى الاستمتاع بها لم يجز ، وكان العقد فاسدا . ولو كانت مزوّجة كان الاستمتاع مستثنى والعقد صحيحا . ثمّ الفرق بين السكنى والثمرة ما ذكرناه من قبل .

وإذا تقرّر أنّ للبائع استبقاء [5] الثمرة إلى أوان الجداد . فان كانت ممّا يؤخذ [6] تمرا ، فإلى أوّل أوقات جدادها تمرا .

وإن كانت مما يؤخذ [6] رطبا ، فإلى أوّل أوقات لقاطها رطبا .

وإن كانت مما يؤخذ [6] بسرا ، فالى أوّل أوقات قطعها بسرا .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) ج : يلزم . أى بدون " أن " .

(٣) ب : عمّا ذكره .

(٤) ج : والغرق . وهو تصحيف .

(٥) ب ، د : استيفاء . وهو تصحيف .

(٦) ب : " مما يوجد " ج : " مما تؤخذ " د : غير منقوط في المواضع الثلاثة .

وكذا الكلام / في الكرم والشجر . فيقرّ الكرم الى وقت ٧٦/ب
القطاف ،والشجر الى وقت اللقاط . والله أعلم.[١]

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله[٢] : (فاذا كان لا يصلحها إلاّ السقي ، فعلى المشترى تخلية البائع وما يكفي من السقي من الماء[٣] ما فيه[٤] صلاح ثمره .)[٥]

وهذا كما قال . إذا استحقّ البائع ترك الثمرة على نخل المشترى الى وقت الجداد ،فقد تحتاج الثمرة الى ما يصلحها من السقي ، فيجب على المشترى تمكينه من السقي لما قد استحقّه من إصلاح ثمرته .

وإذا كان كذلك ،فلا يخلو حال السقي من أحد أمرين : إمّا أن يكون ممكنا أو متعذّرا . فان كان السقي ممكنا لم يخل حاله من أربعة أقسام :

أحدها : أن يكون نافعا للنخل والثمرة ،فللبائع أن يسقي . وعلى المشترى أن يمكّنه ،ومؤنة السقي على البائع دون المشترى ، لما فيه من صلاح ثمرته ،وإن كان لنخل المشترى فيه صلاح ،لأنّ الأغلب من حال السقي صلاح الثمرة ،والنخل تبع .

---

(١) ب ،ج : بدون " والله أعلم ".
(٢) ب ،د : رضي الله عنه .
(٣) م : " وانما له من الماء " في موضع : وما يكفي من الخ .
(٤) ب ،د : وفيه" أي بدون " ما ".
(٥) انظر : مختصر المزني ١٦٢/٢ ،وأيضا : الأم ٣٧/٣ .

والفرق بين هذا وبين أن يبيع صاحب النخل ثمرته فيجب سقيها على صاحب النخل دون مشترى الثمرة أنّ من باع ثمره وجب عليه تسليمها بمنافعها ،ومن منافعها السقي ، فوجب على بائعها دون المشترى لها . وليست هذه الثمرة الحاصلة لبائع النخل (١) بالتأبير مضمونة على صاحب النخل بالتسليم ، فلم يجب عليه السقى .

فلو امتنع البائع في مسألتنا من سقي ثمرته لم يجبر عليه (٢) ، وقيل لمشترى النخل : إن أردت سقي نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه .

والحال الثانية : أن يكون السقي مضرّا (٣) بالنخل والثمرة .

(٤) (فان أراد صاحب النخل أن يسقى كان لصاحب الثمرة أن يمنعه ،لأنه لا ينفعه ،ويضرّ غيره) (٤) وإن أراد صاحب الثمرة أن يسقى كان لصاحب النخل أن يمنعه ،لأنه لا ينفعه (٥) ،ويضرّ غيره .

فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقّه لسقي ثمرتي ،فأسقي به غيرها من الثمار أو الزروع (٦) ، لم يجز .

وكذا لو أخذ ثمرته قبل جدادها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه لسقيها (٧) الى وقت الجداد ، لأنه إنما يستحقّ (٨) من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها .

---

(١) النخل : ساقط من ب .

(٢) أثبته من ج ،أ ،د : " لم يجب عليه " ب : " لم يجز عليه ".

(٣) أ ،د : " مضرّ " وهو خطأ ،والتصويب من ب ،ج .

(٤) مابين القوسين ساقط من د .

(٥) قال السبكي في تكملته ١١/٤٠٧ : " وهذا إنما يتصوّر في غير النخل . أمّا النخل فينفعه السقي أبدا ".

(٦) ب : الزرع .

(٧) لسقيها : أثبته من ب . ولا يوجد في سائر النسخ .

(٨) ب : إنما كان يستحق.

والحال الثالثة : أن يكون السقي نافعا [(١)] للنخل مضرّا بالثمرة.
فقد اختلف أصحابنا هل لصاحب النخل أن يسقى مع ما في السقي من مضرّة الثمرة ؟

فحكى عن أبي اسحاق المروزى أنه قال : لصاحب الثمرة أن يمنعه من السقي ،لما فيه من / مضرّة الثمرة . فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ،لما يلحقه في منع السقي من المضرّة .[(٢)] ٧٧/أ

وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال [(٣)] : لصاحب النخل أن يسقى ،ويجبر صاحب الثمرة على تمكينه ،لما في السقي من حقوق ملكه ، ولا خيار . ثمّ مؤنة السقي ههنا على صاحب النخل لاختصاصه بالمنفعة .

والحال الرابعة : أن يكون السقى نافعا للثمرة ،مضرّا بالنخل .
فعلى قول أبي إسحاق المروزى : لصاحب الثمرة أن يسقى لصلاح ثمره .[(٤)] ولصاحب النخل فسخ البيع ، لما يلحقه من الأضرار بنخله ،وعلى قول أبي على بن أبي هريرة : له أن يسقى ثمرته جبرا ،ولا خيار لصاحب النخل .[(٥)]

---

(١) ب ، د : تابعا ،وهوتصحيف .
(٢) وصحّحه الرافعي في فتحه ٥٧/٩ ،والنووى في روضته ٥٥٣/٣ .
(٣) صحّحه الغزالي في الوجيز ،وأيّده السبكي في تكملته . ونقل عن ابن الرفعة قوله : " إنّ ظاهر النصّ على ما صحّحه في الوجيز." انظر : الوجيز ١٤٩/١ ،والتكملة ٤٠٩/١١ .
(٤) ب ،ج : ثمرته .
(٥) أصحّهما عند أكثر الأصحاب هو قول أبي اسحاق . وحكى عن إمام الحرمين في هذه الحالة والتي قبلها ثلاثة أوجه . ثالثها : أنهما يتساويان . انظر : الفتح ٥٧/٩ ،والروضة ٥٥٣/٣ .

فلو اختلفا في قدر السقي لم يرجع فيه الى واحد منهما ،وسئل[١] أهل الخبرة بالثمرة . فما ذكروا أنه قدر كفايتها كان على صاحب النخل تمكينه منه ،دون الزيادة عليه أو النقص[٢] عنه.[٣]

- فصـــل -

فأمّا إن كان الماء متعذّرا فلا يخلو حال تعذّره من أحد أمريـن إمّا أن يكون لإعواز[٤] الماء أو لفساد آلته . فان كان تعذّر الماء لإعوازه سقط حكم السقى .

ثمّ لا يخلو حال الثمرة في تركها على النخل من أربعة أحـوال :

أحدها :[٥] أن يكون تركها بغير سقي يضرّ بالنخل وبها ،فقطعها واجب . ولربّ النخل أن يجبر صاحب الثمرة على قطعها ،لأنّ فيـــه مضرّة بالنخل ،وليس فيه منفعة للثمرة .

والحال الثانية[٦] : أن يكون تركها غير مضرّ بالنخل ولا بها . فله ترك الثمرة الى وقت جدادها ،لأنه لا مضرّة على صاحب النخل في تركها .

والحال الثالثة : أن يكون تركها مضرّا[٧] بالثمرة دون النخل . فصاحب الثمرة بالخيار في أخذ الثمرة أو تركها . ولا ضمان[٨] لصاحـب

---

(١) د : ويسأل .

(٢) ب : أو التقصير .

(٣) انظر في المسألة : المهذّب ٢٨٨/١ ،والوجيز ١٤٩/١ ،والفتح ٥٦/٩ ،والروضة ٥٥٢/٣ ،والتكملة ٤٠٥/١١ ،والنهايـــة ١٤٣/٤ ،والمغنى ٨٨/٢ .

(٤) أعوزه الشيء : إذا احتاج اليه فلم يقدر عليه . أنظر : المختار ص ٤٦٢ .

(٥) ب : إحداهن ،ج : أحدها هو .

(٦) ب : فلو.

(٧) أثبته من ج . وفي سائر النسخ "مضر" وهو خطأ .

(٨) أثبته من ج . وفي سائر النسخ : " ولا يقال " وهو خطأ .

النخل ؛ لأنه لا ضرر عليه فيها .

والحال الرابعة : أن يكون تركها مضرّا [١] بالنخل دون الثمرة ، ففيه قولان [٢] :

أحدهما : لربّ الثمرة أن يقرّ الثمرة على النخل إلى وقت الجداد ، وإن أضرّ بنخل المشترى ،لما فيه من صلاح الثمرة ، ودخول المشترى معه على بصيرة .

والقول الثاني : على ربّ الثمرة أخذ ثمرته ،وللمشترى إجباره على قطعها ليزيل عنه ضرر تركها .

فأمّا إن تعذَّر الماء [٣] لفساد الآلة [٤] أو لفساد [٥] المجارى ، أو لطمّ [٦] الآبار ،فأيّهما لحقه بتاخير السقي ضرر كان له إصلاح ما يوصله

---

(١) أ ، د : مضرّ . وهوخطأ والتصويب من ب ،ج .

(٢) أنظر : الأمّ ٣/ ٣٧ ،والمهذّب ١/ ٢٨٧ ،والفتح ٩/ ٥٦ ، والروضة ٣/ ٥٥٢ ،والتكلة ١١/ ٤٠٤ .
هذا ، وقد فصّل السبكي في ذلك فقال ما ملخّصه : أنّ الضرر إن كان يسيرا أجبر المشترى على ترك الثمرة . وإن كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف ،أونقصان حملها في المستقبل نقصانا كثيرا ، ففيه قولان . أصحّهما : الثاني ،وهو القول بالإجبار . وممّن صحّحه الروياني وابن أبي عصرون ، والنووى ،وجزم به الفوراني . ونقل الرافعي تصحيحه عن الكرخي ،وصحّحه في المحرّر .

(٣) أثبته من ب ،ج . وفي أ ، د : تعذر عنه .

(٤) ج : آلته .

(٥) أثبته من ب.أ:" أو أفسدت " ج :" أو انسدّت " ،د : " وفسدت ".

(٦) أي : تسويتها ، يقال : جاء السيل فطمّ الركيّة أى : دفنها وسوّاها . وكل شيء كثر حتى علا وغلب . فقد طمّ . انظر:الصحاح ٥/ ١٩٧٦ ،والمختار ص ٣٩٨ .

الى الماء / . فان كان ذلك مضرًا بالنخل وجب على مشترى النخل أن ٧٧/ب
يزيل الضرر عن نخله بسوق الماء الى نخله ،ولا يُجبر ربّ الثمرة على قطع
ثمرته . وإن كان مضرّا بالثمرة لزمه ذلك أو يقطعها.(١)

(وإن كان مضرّا بهما جميعا لزم ذلك صاحب الثمرة لما(٢)
ذكرناه ،إلاّ أن يبادر الى قطع ثمرته)(٢) فيسقط عنه. والله أعلم.(٣)

- مسألـــة -

قال الشافعي رحمه الله(٤) : (وإن كانت الشجرة(٥) ممّا
يكون(٦) فيها الثمرة ظاهرة ،ثم تخرج منها قبل أن تبلغ(٧) الخارجة ثمرة
غيرها . فان تميّزفللبائع الثمرة الخارجة ،وللمشترى الثمرة(٨) الحادثة.
وإن كان لا يتميّزففيها قولان .) الفصل.(٩)

---

(١) د : أو يقطع ثمرته.

(٢) مابين القوسين ساقط من د .

(٣) أنظر : تكملة السبكي ١١/٤٠٤.

(٤) د : رضي الله عنه.

(٥) د : الثمرة ،وهو خطأ.

(٦) م : مما تكون فيه.

(٧) أثبته من م. وفي النسخ : قبل أن تخرج .

(٨) م : بدون " الثمرة ".

(٩) أنظر : مختصر المزني ٢/١٦٢ ،وتمام الفصل : " أحدهما :
لا يجوز البيع إلاّ أن يسلّمه البائع الثمرة كلها فيكون قد زاده حقا
له ،أو يتركه المشترى للبائع ، فيعفوله عن حقه.
والقول الثاني : أنّ البيع مفسوخ وكذلك قال في هذا الكتاب
وفي الإملاء على مسائل مالك مفسوخ. وهكذا قال في بيع الباذنجان
في شجره والخربز ".

ذكر الشافعي رحمه الله في الأمّ [١] مسألتين ،نقل المزني إحداهما وأغفل المقدّمة منهما. فكان الأولى البداية بما أغفله ،ليكون جواب الأخرى مبنيّا [٢] عليها.

وصورتها في رجل باع ثمرة شجر ،أوبطّيخ قراح [٣] ،أوحمل باذنجان ، فلم يأخذه المشترى من شجره ،ولا لقط البطّيخ من قراحه [٤] ، حتى حدثت ثمرة أخرى ،فالحادثة ملك البائع لا يملكها المشترى.

فان [٥] كانت الحادثة تتميّز عن الأولى بلون أو صغر أو نفخ ،أخذ المشترى الثمرة المتقدّمة ،وأخذ البائع الثمرة الحادثة ،وليس بينهما نزاع.

وإن [٦] كانت الحادثة لا تتميّز عن الأولى ،فقد صار المبيع مختلطا بغيره ،ففي البيع قولان منصوصان :

أحدهما [٧] : أنّ البيع باطل ؛

---

(١) انظر : الأمّ ٣/٣٨.

(٢) ب : مبني . وهو خطأ.

(٣) أ ،د : " فراخ " ب ،ج : "مراح" وكلاهما مصحفان من " قراح" وهو المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر. كما في المختار ص٥٢٨.

(٤) أ ، د : "فراخه " ب ،ج : "مراحه " وكلاهما خطأ والصواب ما أثبته .

(٥) أثبته من ب . وفي سائر النسخ : وان.

(٦) أثبته من ب . وفي سائر النسخ : فان.

(٧) صحّحه الشيرازى في المهذّب (١/٢٨٩) ونسب السبكي في تكلمته (١١/٤٦٨) تصحيحه الى القاضي أبي الطيّب ،والشاشي ،

===

لأنّ المبيع (١) قد اختلط بما لم يتميّز عنه قبل استقرار القبض ،فأوقع ذلك جهالة في البيع (٢) ،فأبطله . ولا يلزم المشترى أن يستحدث هبة (٣) ما لم يتناول العقد ، ليصحّ له العقد .

والقول الثاني (٤) : أنّ البيع لا يبطل ،لكن يقال للبائع : أتسمح للمشترى بالثمرة الحادثة ؟ فان سمح له بها لزم المشترى قبولها (٥) . وإن شحّ البائع بها ،فأقاما على الاختلاف والتنازع فيها ، فسخ الحاكم البيع بينهما .

ووجه هذا القول أنّ امتياز المبيع (٦) من غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طروء (٧) الفساد عليه بعد القبض كالاستهلاك . وسماحة البائع بالحادثة لا تجرى مجرى الهبة التي لا يلزم قبولها ؛ لأنّ المقصود بها نفي الجهالة وتصحيح العقد ،

=== وابن أبي عصرون أيضا . وحكى صاحب التقريب قولا ثالثا مفاده أنّ العقد لا ينفسخ ولا خيار . وجعل قائله الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده . واستبعده الإمام وحكى ذلك عن أبي سلمة والمروزى .

(١) ب : لأنّ البيع .

(٢) ب : في المبيع .

(٣) د : بقية . تصحيف .

(٤) في التكملة (٤٦٨/١١) نقله الربيع ،وهواختيار المزني . وقال الغزالي والرافعي في المحرّر:إنه الأظهر، وكذلك الجرجاني .

(٥) قلت : هذا هو الوجه الصحيح المشهور. وفي وجه : لا يلزمه قبولها لما فيه من قبول المنّة . انظر الفتح ١١٢/٩ ،والروضة ٥٦٦/٣ ،والتكملة ٤٦٩/١١ .

(٦) ب : امتياز البائع . خطأ .

(٧) في أ : " من طرق " والتصويب من سائر النسخ .

فشابهت الزيادة المتّصلة كاللبن والسمن [١] .

وأمّا المسألة الثانية ـ وهي مسألة الكتاب ـ / فصورتها فـــي ٧٨/أ

رجل باع أرضا ذات شجر مثمر [٢] ، أو باع الشجر وحده وفيه [٣] ثمـر ،

فحكم بالثمرة [٤] للبائع لأجل التأبير ، وبالشجر مع الأرض للمشتري .

فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتناول البائع ثمرته .

فان كانت الحادثة تتميّز عن الأولى بصغر ، أو بلون ، أو بنفخ ،

كانت الأولى [٥] للبائع ، والحادثة للمشتري . والبيع على حاله .

وإن كانت الحادثـة لا تتميّز عن الأولى ، نقل المزني في البيع [٦]

قولين كالمسألة الأولى .

فاختلف أصحابنا ، فكان أبو علي بن خيران [٧] يمنع من تخريجهـا

على قولين . وينسب المزني إلى الغلط في نقلـه ، ويقول : البيع صحيـح

قولا واحدا ، لأنّ اختلاط الحادثـة بالمتقدّمة اختلاط في غير المبيع ؛ لأنّ

عقد البيع إنما تناول الأرض والـــشجر ، وماكان عليه من الثمرة لم يدخـــل

---

(١) انظر في المسألة : الأم ٣٨/٣ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والمهذّب ٢٨٨/١ ، والفتح ١٠٩/٩ ، والروضة ٥٦٤/٣ ، والتكملة ٤٦٨/١١ ومغني المحتاج ٩٣/٢ ، والنهاية ١٥٥/٤ ، وشرح المحلّـــى ٢٣٨/٢ .

(٢) د : مثمرة .

(٣) ج : وفيها .

(٤) ب : بالثمر .

(٥) ج : الأولة .

(٦) د : في المنع .

(٧) وبه قال أبو علي الطبري في الإفصاح ، ومال إليه الشيخ أبو حامد ، وصحّحه الخوارزمي في الكافي . أنظر : التكملة ٤٨٠/١١ .

في العقد ، وما حدث من الثمرة لا يوجد حال العقد [١] ، فلا يوقع ذلك فسادا في العقد .

وكان أبو إسحاق المروزي وطائفة [٢] يخرّجون هذه المسألة أيضا على قولين [٣] :

أحدهما : أنّ العقد باطل لما ذكرناه .

والقول الثاني : جائز ، ويقال للمشتري : أتسمح بالحادثة للبائع ؟ فان سمح بها له [٤] لزم البيع . وإن شحّ قيل للبائع : أتسمح بالمتقدمة للمشتري ؟ فان سمح بها له لزم البيع ، وان شح وتنازعا فسخ الحاكم البيع بينهما .

---

(١) : وقت العقد .

(٢) ونسبها القاضي أبو الطيّب والشيرازي إلى أكثر أصحاب الشافعي . قال هؤلاء : ونحن وإن لم نعلم نصّ الشافعي عليها فان المزني ثقة فيما نقله عنه . والمعنى أيضا يدلّ على ذلك . فان المعقود عليه وإن كان هو الشجر فان المقصود منها الثمرة . فاذا اختلطت الخارجة بالحادثة ، فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع . فهو كما لو اختلط المبيع بغيره .
هذا ، وقال السبكي : إنه وقف على القولين بما لا يحتمل التأويل إلاّ بتعسف عظيم ، فانه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله (الأم ٣/٤٠) . ثم بعد أن ساق نصّ الشافعي قال :
" وقد أحسن المحاملي فاعترف بأنّ الشافعي نصّ على القولين في الأم . وردّ على ابن خيران مذهبا وحجاجا . "
انظر : تكملته للمجموع (١١/٤٨٠) .

(٣) ج : القولين .

(٤) لـه : ساقط من د .

وما ذكره ابن خيران أصحّ جوابا وتعليلا . وإن كان نقل المزني صحيحا . والإذعان للحق[1] أولى من نصرة[2] ما سواه .

وعلى ما يقتضيه مذهب ابن خيران إن تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدّمة . وإلاّ فالقول قول صاحب اليد .[3] ولا يفسخ البيع[4] ؛ لأنه لا يجعل لما حدث تأثيرا في البيع .[5]

- مسألة -

قال المزني[6] : (هكذا قال - يعني الشافعي رحمه الله -[7] فيمن باع قرطا[8] جزّة عند بلوغ الجزاز[9] ،

---

(١) ج : إلى الحق .

(٢) ج : من نصر .

(٣) ولمن اليد ؟ فيه ثلاثة أوجه . أصحّها : للمشترى . والثاني : للبائع . والثالث : لهما . أنظر : الفتح ٩ / ١١٥ ، والروضة ٣ / ٥٦٥ ، والنهاية ٤ / ١٥٦ .

(٤) قال البغوى : والقول بعدم الانفساخ هو القياس ؛ لأنّ الفسخ لا يفيد رفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشترى . وان قلنا بالانفساخ استردّ المشترى الثمن ، وردّ الشجرة مع جميع الثمار . ذكره صاحب التتمة . أنظر : الفتح ٩ / ١١٧ ، والروضة ٣ / ٥٦٦ .

(٥) أنظر في هذه المسألة نفس المراجع التي تقدّمت في المسألة التي قبلها .

(٦) في ب وقع خطأ : " قال الشافعي " .

(٧) ب : بدون رحمه الله ، ج : رحمهما الله .

(٨) القرط ، بكسر القاف وسكون الراء : نبات ، عشبي ، حولي ، كلئيّ ، مشهور ، يماثل البرسيم . أنظر : المعجم الوسيط ٢ / ٧٣٤ ، وحاشية البجيرمي ٢ / ٢٩١ .

(٩) أثبته من ب ، م . وفي سائر النسخ : " الجزّ " قال الفيّومي :===

فتركه[1] المشترى حتى زاد ،كان البائع بالخيار في أن يدع له الفضل الذى له بلا ثمن ،أو ينقض البيع .)[2]

وصورتها فيمن ابتاع قرطا جزّة ، يعني علفا بشرط الجزّ[3] ، أو ما جرى مجراه من البقول التي تباع جزًّا . فأخّر المشترى جزّها حتى طالت. فقد حدثت زيادة غير متميزة ،فضمّها المزني[4] الى مسألة الثمرة . فاختلف أصحابنا فيها .

فكان بعضهم[5] يقول : البيع جائز قولا واحدا[6] ، لأنّ طول العلف زيادة لا تتميّز ،مثل كبر الثمرة[7] . فلمّا كانت الثمرة إذا أخّر المشترى قطعها حتى كبرت ،لم يفسد البيع وكانت الزيادة له ،لأنّها زيادة لا تتميّز[8] (وجب في العلف إذا / أخّر جزّه حتى طال أن لا يفسد البيع ،وتكون الزيادة له ،لأنها لا تتميّز)[8] . ٧٨/ب

=== جززت الصوف جزّا من باب قتل قطعته ، وهذا زمن "الجَزاز" و "الجِزاز" . وقال بعضهم : "الجزّ" القطع في الصوف وغيره . انظر : المصباح ص٩٩ .

(١) أثبته من ب ،م . وفي سائر النسخ "وان تركه" وهو خطأ .

(٢) انظر مختصره ١٦٣/٢ .

(٣) ب : الجزاز .

(٤) ج : المشترى . وهو خطأ .

(٥) ذكره الشافعية في كتبهم بدون النسب .

(٦) قولا واحدا : ساقط من ج .

(٧) وبعبارة أخرى فان المبيع ههنا لم يختلط بغيره ،وإنما زاد في نفسه ،فصار كما لواشترى عبدا صغيرا فكبر ،أو هزيلا فسمن .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب.

وقال أبو إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا[(١)] : أنّ في هـذه المسألة قولين ،كالثمرة المبيعة إذا اختلطت بثمرة حادثة . وهذا أصحّ .

والفرق بين ما ذكره الفريق الأوّل من كبر الثمرة وطول العلـف أنّ كبر الثمرة لا يمتاز عن أصله ،ولا يوجد بعد قطع الثمرة . وطـول العلف متميّز وإن كان متصلا[(٢)] ، ويحدث بعد جزاز العلف ،فافترقا .

فاذا ثبت أنّ المسألة على قولين . أحدهما : أنّ البيع باطـل ويتراجعان . والقول الثاني : أنّ البيع لا يبطل لكن يقال للبائع : أتسمح للمشترى بالزيادة ؟ فان سمح بهاله[(٣)] لزم البيع . وإن شحّ بها ، وأقاما على النزاع[(٤)] فسخ الحاكم بينهما ،وتراجعا[(٥)] .

- مسألـــة -

قال الشافعي رحمه الله[(٦)] : (كما لو باعه[(٧)] حنطة ، فانثالت[(٨)] عليها حنطة أخرى[(٩)] ،فله الخيار في أن يسلّم له[(١٠)] الزيادة أو يفسخ ،لاختلاط ما باع بما لم يبع)[(١١)] .

---

(١) وبه قال ابن أبي هريرة ،والشيخ أبو حامد ،والإمام الجويني ،والروياني والشاشي أيضا . انظر : تكملة السبكي للمجموع ٤٨٧/١١ .

(٢) ب : مبطلا . تصحيف .

(٣) له : ساقط من د .

(٤) ب : التنازع .

(٥) أنظر في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ٢٨٩/١ ،والفتح ١١٣/٩ ،والروضة ٢٦٥/٣ ،والتكملة ٤٨٧/١١ ،والنهايـة ١٥٦/٤ ،والمغني ٩٣/٢ .

(٦) ب ،د : رضي الله عنه .

(٧) د : لو باع .

(٨) انثالت : أى انصبّت ، كما في المختار ص ٨٨ .

(٩) م : بدون "أخرى" .

(١٠) له : أثبته من م . ولا يوجد في النسخ .

(١١) انظر : المختصر ١٦٣/٢ .

وصورتها فيمن ابتاع طعاما ،فاختلط بطعام للبائع . فهـــذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون ذلك قبل القبض .

والثاني : بعده .

فان كان ذلك قبل القبض ، فلا يخلو حال الطعام من أحـــد أمرين : إمّا أن يكون معلوم القدر ،أوغير معلوم القدر . فان كان غيـــر معلوم القدر ،كان كالثمرة المبيعة إذا اختلطت بثمرة حادثة ،فيكـــون في البيع قولان . أحدهما : باطل . والثاني : جائز . فان تراضيا واتفقا وإلّا فسخ البيع بينهما.(١)

وإن كان معلوم القدر . وذلك يكون بأحد ثلاثة أوجه : إمّا أن يكون كل واحد من الطعامين معلوم الكيل . وإمّا أن يكون المبيع(٢) معلوم الكيل ،فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع . وإمّا أن يكون غير المبيع معلوم الكيل(٣) ،فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيـــع قدر المبيع .

فاذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه(٤) الثلاثـــة ، فقد صار مختلط العين متميّز القدر . فكان تميّز القدر يمنع مـــن

---

(١) انظر : المهذّب ٢٨٩/١ ،والفتح ١١٢/٩ ،والروضة ٥٦٥/٣ ، والتكملة ٤٦٩/١١ وفيها : "وحكى الروياني طريقة أنّ في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولا واحدا ؛ لأنّ الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار ،قال : وهـــذا أوضح ."

(٢) ج : البيع .

(٣) ب : "وإمّا أن يكون المبيع غير معلوم الكيل وغير المبيع معلوم القدر".

(٤) ب : هذه الأوجه .

الجهل ، وهو أقوى المقصودين منه ،فصحّ البيع . وكان اختلاط العين مفيرا للصفة مع تقارب(١) الأجزاء فصار عيبا يوجب الخيار ، فوجب أن يكون البيع جائزا ،وللمشترى الخيار.

فان فسخ رجع بالثمن ،وإن أقام صار شريكا للبائع فيه على قدر(٢) الحصّتين . فان كان الطعامان متماثلي القيمة تقاسماه كيلا . وإن كانا مختلفي القيمة بيع ،وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين ،إلاّ أن يتراضيا / بقسمة ذلك كيلا على الحصص دون القيم فيجوز.(٣) ٧٩/أ

- فصل -

وأمّا الضرب الثاني ،وهو أن يكون اختلاط الطعام بعد قبضه ، فالبيع ماض لا يفسد ،لانبرامه بالقبض.(٤)

فان قيل : ما الفرق بين الطعام إذا اختلط بعد قبضه ،فلم يبطل البيع فيه . وبين الثمرة إذا اختلطت بعد القبض في شجرها يبطل البيع فيها على أحد القولين ؟

قيل : الفرق بينهما أنّ قبض الطعام قد استقرّ فانبرمت(٥) علق العقد . وقبض الثمرة على نخلها وفي شجرها غير مستقرّ ، وعلق العقد فيه لم تنبرم.(٦)

---

(١) هكذا في كل النسخ . وفي التكملة : مع تفاوت.

(٢) د : بقدر.

(٣) انظر : التكملة ٤٧٤/١١ ذكره نقلا عن الحاوى.

(٤) انظر : الفتح ١١٣/٩ ،والتكملة ٤٧٠/١١ وفيها :" وكان القول قول من الشيء في يده في قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق : وصورته : أن يكون المشترى ترك الطعام وديعة عنده فاختلط".

(٥) ب : "وانبرمت" يقال : أبرمت العقد إبراما : أحكمته ،فانبرم. انظر : المصباح ص٤٥.

(٦) ب ،د : لم ينبرم.

ألا ترى ! أنها لو عطشت على نخلها وشجرها بعد قبضها ، وأضرّ ذلك بها ، كان ذلك[1] عيبا يستحقّ به المشترى خيار الفسخ . ولو كان القبض مستقرّا ،والعقد منبرما ، ما استحقّ به[2] الفسخ ، كما لا يستحقّه في الطعام بعد القبض .

فاذا ثبت أنّ البيع صحيح نظر ، فان كان قدر الطعام معلوما بأحد الأوجه التي قد مضت تقاسماه على ما ذكرناه . وإن كان قدر الطعام مجهولا ،فان تراضيا بشيء اتفقا عليه جاز ، واقتسماه على ذلك.

وإن تنازعا واختلفا نظر ،فان كانت صبرة المشترى قد انثالت على صبرة البائع ،فالقول قول البائع في قدر ماله منّا للمشترى مع يمينه ؛ لأنّ اليد له . وإن كانت صبرة البائع قد انثالت على صبرة المشترى ،فالقول قول المشترى في قدر ماله منا للبائع مع يمينه ،لأنّ اليد له .

وقال المزني[3] : القول قول البائع ،لأنّ يده قد كانت على الطعامين معا ،وكان أعرف بقدرهما من المشترى المستحدث اليد .

وهذا خطأ ،لأنّ ما وجب اعتبار اليد فيه ،كانت اليد الثابتة[4] أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة ،كسائر الحقوق . والله أعلم.[5]

---

(١) ذلك : ساقط من د .
(٢) به : ساقط من ج .
(٣) أنظر : مختصره ٢/ ١٦٤.
(٤) في أ : الثانية. وهو خطأ . والتصويب من سائر النسخ .
(٥) أنظر : تكملة السبكي ١١/ ٤٧٥ وقد نقل الفصل بكامله عن الماوردى ثم قال مؤيدا لكلامه على كلام المزني : " قلت : والصواب ما قاله الماوردى ،وقد قاله غيره . وليس من لازم التصوير الذى أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع ، فقد تكون صبرته في يد غيره".

- مسألـــــة -

قال الشافعي رحمه الله (١) : (وكل أرض بيعت فللمشترى جميـــع ما فيها من بناء وأصل . فالأصل (٢) : ماله ثمرة بعد ثمرة من كل شجـــر (٣) وزرع مثمر (٤) .)

وجملة ذلك أنّ من ابتاع أرضا ذات بناء وشجر ، لم يخل حـــال ابتياعه من ثلاثة أحوال : إمّا أن يشترط دخول البناء والشجـــــر في البيع لفظا ، فيدخل . وإمّا أن يشترط خروجه لفظا ، فيخرج . وإمّـا أن يطلق العقد فيقول (٥) : " ابتعت (٦) منك هذه الأرض " فنصّ الشافعي في البيع (٧) : أنّ ما في الأرض من بناء وشجر يدخل في البيع . ونـــصّ في الرهن (٨) : أنّ ما في الأرض من بناء وشجر لا يدخل في الرهـــن .

---

(١) ب ، د : " رضي الله عنه " .

(٢) م : والأصل .

(٣) م : شجر مثمر .

(٤) انظر : مختصر المزني ١٦٥/٢ .

(٥) أثبته من ج . وفي سائر النسخ : يقول .

(٦) ب : " أبعت " وهو تصحيف .

(٧) تقدّم نصّه في المختصر . ونصّ عليه في الأم (٣٩/٣) أيضا فقال : " وكل أرض بيعت بحدودها ، فلمشتريها جميع ما فيها من الأصل ، والأصل : ما وصفت ممّا له ثمرة بعد ثمرة من كل شجر وزروع مثمرة ، وكل ما يثبت من الشجر والبنيان ، وما كان ممّا يخفّ من البنيان مثل البناء بالخشب ، فانما هذا مميّز كالنبات والجريد ، فهو لبائعه إلّا أن يدخله المشترى في صفقة البيع فيكون لــــه بالشراء " اهـ .

(٨) وقد نصّ عليه في الأمّ (١٣٤/٣) فقال : " إذا رهن الرجل الرجل أرضه ، ولم يقل ببنائها ، فالأرض رهن دون البناء ، وكذلك إن رهنه أرضه ولم يقل بشجرها فكان فيها شجر مبدّد أو غير مبدّد ، فالأرض رهن دون الشجر . " اهـ .

فاقتضى لاختلاف نصّه في الموضعين أن اختلف[(١)] أصحابنا في المسألتين[(٢)] على ثلاث طرق[(٣)]:

إحداها[(٤)]: وهي طريقة / أبي الطيّب بن سلمة، وأبي حفص ٧٩/ب ابن الوكيل[(٥)] أن نقلوا جوابه في البيع الى الرهن، وجوابه في الرهن الى البيع. وخرّجوا المسألتين على قولين، لاختلاف نصّه في الموضعين:

أحدهما: أنّ البناء والشجر لا يدخل في البيع ولا في الرهن جميعا، كما لا تدخل الثمرة المؤبّرة في البيع ولا في الرهن.

---

(١) ب، د: "أن اختلاف" وهو خطأ.

(٢) أ، د: "في المسألة" والمثبت من ب، ج.

(٣) الطرق: هي اختلاف الأصحاب في حكاية المذهب، مثلا يقول البعض: في المسألة قولان أو وجهان، ويقول الآخر: قولا واحدا، أو وجها واحدا. أو يقول بعضهم: في المسألة تفصيل ويقول الاخر: فيها خلاف مطلق وربما استعمل بعض المصنفين الطريقين موضع الوجهين وعكسه. انظر: دفع الخيالات للشيخ شهاب الدين أحمد بك الحسيني ص ٨.

(٤) ب: إحداهن.

(٥) هو أبو حفص عمر بن عبد الله المعروف بابن الوكيل، ويعرف أيضا بالباب الشامي، منسوب إلى باب الشام، وهي إحدى المحالّ المشهورة بالجانب الغربي من بغداد.
كان فقيها جليلا من نظراء ابن سريج، ومن كبار المحدثين والرواة، وأعيان النقلة. تفقّه على الأنماطي. وتوفي ببغداد بعد ٣١٠ هـ انظر ترجمته في: طبقات الشيرازي ص ١١٠، والسبكي ٣١٤/٢، وتهذيب الأسماء ٢١٥/٢، وطبقات العبادي ص ٧١، والحسيني ص ٥٨.

والقول الثاني : أنّ البناء والشجر يدخل في البيع والرهن جميعا . بخلاف الثمرة المؤبّرة ،لأنّ الثمرة تستبقى مدّة صلاحها ،ثم تزال عن نخلها وشجرها ،فصارت كالشيء المتميّز ،فلم تدخل إلاّ بالشرط . والبناء والشجر يراد للتأبيد ،ويجرى مجرى أجزاء الأرض ،فصار داخلا في العقد .

والطريقة الثانية : وهي طريقة أبي العبّاس[1] ،وهو أنه[2] حمل اختلاف نصّه في الموضعين على اختلاف حالين . فجعل ما نصّ عليه من دخول ذلك في البيع محمولا على أنه قال : " بعتك الأرض بحقوقها " فيدخل[3] في البيع البناء والشجر ،لأنه من حقوق الأرض . ولو قال مثله في الرهن لدخل . وجعل ما نصّ عليه من خروج ذلك من الرهن محمولا على أنه قال : " رهنتك الأرض " ولم يقل : "بحقوقها " فلم يدخل في الرهن[4] البناء والشجر ،لأنه أطلق . ولو فعل مثله في البيع لم يدخل ، ولا فرق بين البيع والرهن .

والطريقة الثالثة :[5] وهي طريقة أبي إسحاق المروزي ،وأبي علي ابن أبي هريرة ، وجمهور أصحابنا ،أن حملوا جوابه في كل واحد من الموضعين على ظاهره ،وجعلوا البناء والشجر داخلا في البيع بغير شرط ، ولم يجعلوه داخلا في الرهن إلاّ بشرط . وفرّقوا بين البيع والرهن بفرقين :

---

(١) واختارها الإمامان الجويني والغزالي : الروضة ٥٣٧/٣ ،ورجّحها السبكي في تكملته ٢٥٩/١١.

(٢) أنه : لا يوجد في د .

(٣) ب : يدخل .

(٤) الرهن : ساقط من د .

(٥) وهذه الطريقة هي أصحّ الطرق الثلاثة لدى الشافعية . أنظر : المهذّب ٢٨٥/١ ،والفتح ١٨/٩ ،والروضة ٥٣٦/٣ ،والمغني ٨٠/٢ ، وشرح المحلى ٢٢٥/٢.

أحدهما : أنّ عقد البيع يزيل الملك ،فجاز أن يكون ما اتّصل بالمبيع تبعاله لقوّته ،وعقد الرهن يضعف عن إزالة الملك ، فلم يتبعه ما لم يسمّ[(١)] لضعفه.

والثاني : أنه لمّا كان ما حدث في المبيع[(٢)] للمشترى ، جاز أن يكون ما اتصل به من قبل للمشترى . ولمّا كان ما حدث في الرهن[(٣)] لا يدخل في الرهن ،اقتضى أن يكون ما تقدّم الرهن أولى أن لا يدخل في الرهن.[(٤)]

- فصل -

واذا ثبت على الصحيح من المذهب أنّ البناء والشجر يدخل في البيع . فكذا كل ما كان في الأرض متصلا بها من مُسَنَّاتها[(٥)] ، سواء كانت[(٦)] آجرًّا ،أوحجارة ،أوترابا . وكذا تلال التراب التي تسمّى بالبصرة جبالا ، وجوخانها[(٧)]

---

(١) ب ،جـ : ما لم يسمّه.

(٢) ب : "البيع" وهوتصحيف .

(٣) من ب.وفي باقي النسخ : من الرهن.

(٤) ذكر السبكي في تكملته (١١/١٦١) طريقة رابعة في المسألة ، وهي أنّ البناء والغراس يدخلان في البيع قولا واحدا ،وفي دخولهما في الرهن قولان.

(٥) المُسَنَّاة : حائط يُبنى في وجه الماء ،ويسمّى السَّدّ والعَرِم أيضا. انظر : المختار ص٣١٨ ،والمصباح ص ٢٩٢.

(٦) أ ، د :"كان" والتصويب من ب ،ج.

(٧) الجَوْخَانُ : بيدر القمح وغيره . وجمعها "جواخين" وهو فارسي معرّب ،وتسمّى بالعربية الجرين ،والمسطح . انظر : اللسان ١٣/٣.

وبيدرها (١) ،وقصرها (٢) ،والحائط الذى يحوطها (٣) ،وسواقيها (٤) التي تشرب (٥) الأرض منها ،وأنهارها التي فيها ،وعين الماء إن كانت فيها ، فانه يملكها (٦) / ٨٠/أ

واختلف أصحابنا أنه (٧) هل يملك الماء الذى فيها ؟ :

فقال أبو اسحاق (٨) : لا يملكه ،وإنما يصير الماء مملوكا

---

(١) الْبَيْدَرُ : الموضع الذى تداس فيه الحبوب . كما في المختار ص ٤٣ والمصباح ص ٣٨ .

(٢) ب : " وقدرها " وهو تصحيف .

(٣) أ ،ب ،ج " يحظرها " والمثبت من ب .

(٤) سواقي جمع ساقيه ،وهي القناة الصغيرة ، كما في المصباح ص ٢٨١ .

(٥) ب : " تسرّت " وهو خطأ .

(٦) انظر : الفتح ٩/ ٣٤ ،والروضة ٣/ ٥٤٤ وجزما بعدم دخول مسايل الماء في بيع الارض إلّا أن يشترط ،أو يقول : "بحقوقها" وكذلك القناة والنهر.
هذا ،وحمله السبكي في تكملته (١١/ ٢٦٣) على المسايل الخارجة التي يصل منها الماء الى الأرض المبيعة ،وكذلك القناة والنهر . وأمّا الداخلة فيها فانه لا شكّ في دخول أرضها في البيع . وأمّا بناؤها فهو يدخل في البيع أيضا على المذهب.

(٧) أنه : لا يوجد في ب ،د .

(٨) وهو اختيار أبي حامد . واستدلّ له القاضي أبو الطيّب فقال : لأنه يجرى تحت الأرض ويجيء الى ملكه ، فهو بمنزلة الماء الذى يجرى في النهر الى ملكه ،فانه لا يملك بذلك.
قال السبكي : ومحلّ الوجهين إذا كان البئر مملوكة. أمّا اذا قصد بحفرها الاستقاء ،ولم يقصد التملّك فالماء المجتمع فيها لا يكون ملكا بالاتفاق . التكملة ١١/ ٢٨٢ .

بالاحازة(١) ولو كان مملوكا ما جاز للمستأجر استعماله ،ولوجب على المشتري إذا رُدّ بالعيب غرمه.

قال : وانما يكون أولى بالماء ،لما يستحقّ من التصرّف في ملكه ، وأنّ له منع(٢) الغير من دخول ملكه . فلو دخل إنسان فأحاز(٣) من مائه صار مالكا له ، وان تعدّى بالدخول.

وقال أبو علي بن أبي هريرة(٤) : قد ملك الماء الذي ينبع من أرضه من عين أو بئر ،لأنه يحدث عن ملكه ،وأنه يجوز تملّكه ،فصار كالماء(٥) الذي أحازه في إناء . ولو أحاز منه إنسان شيئا(*) لم يملكه ،واستحقّ انتزاعه من يده.

وانما جاز للمستأجر استعماله ،لأنه كالمأذون له بالعرف . ولم يجب على المشتري غرمه ،لأنّ حكمه موضوع على التوسعة.(٦)

- فصل -

فلو كان في الأرض التي ابتاعها معدن كان داخلا في البيع ، ظاهرا كان أو باطنا . وأمّا ما في المعدن فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون جامدا ،كالفضّة ،والذهب ،والحديد والرصاص .

---

(١) ب، ى : " بالإجارة " وكلاهما خطأ والصواب " بالحيازة ".
(٢) د : وله أن يمنع.
(٣) هكذا في النسخ " فأحاز " ولكن الصواب لغويا " فحاز ".
(٤) قال الشيرازي في التنبيه (ص٨٨):إنه المذهب . وقال في المهذّب (١/ ٢٨٥): إنه المنصوص في القديم وفي كتاب حرملة
(٥) ب : في حكم الماء . (*) شيئا :أثبته من ب ج . وليس في أ د .
(٦) في ب زيادة : والله أعلم.

والضرب الثاني : أن يكون ذائبا جاريا ،كالنفط ،والزفت ،والقار.
فان كان جامدا ، كالفضّة والحديد ،كان ملكا لمالكها . وإن كان ذائبا ،
كالنفط والزفت والقار ، فعلى قول أبي اسحاق يكون كالماء لا يملك إلّا
بالاحازة . ولو خرج عن (١) أرضه لم يكن له منع الناس منه . وعلى قول
أبي علي بن أبي هريرة يكون مملوكا في الأرض لا يجوز لأحد أن يأخذ
منه . ولو خرج عن الأرض كان لمالكها منع الناس منه.(٢)

- فصل -

فأمّا ما تولّد في أنهار الأرض و عيونها من السمك فلا يملك على
المذهبين معا إلّا بالإحازة ،كما لا يملك ما فرّخ (٣) من الصيد في أرضه
إلّا بأخذه . وإنما له منع الناس من ذلك ،لما فيه من دخول أرضه والتصرّف
في ملكه . فان أخذوه فقد ملكوه دونه.(٤)

---

(١) ج : من.
(٢) انظر : المهذّب ١/ ٢٨٥ ،والفتح ٩/ ٣٤ ،والروضة ٣/ ٥٤٥ ،
والتكملة ١١/ ٢٩٠ وفيها : إنّ المسألة ذكرها المصنف ـ أى
الشيرازى ـ والشيخ أبو حامد ،والقاضي أبو الطيّب ،والمحاملي
والرافعي وغيرهم كلهم ذكروها مثل ما ذكرها الماوردى .
وجزم الغزالي في الوسيط بعدم الدخول هنا ،مع حكاية الخلاف
في الماء .
والمغني ٢/ ٨٥ وفيه :" ويدخل في بيعها المعادن الباطنة
كالذهب والفضّة لا الظاهرة كالملح والنورة والكبريت ".
(٣) فرّخ الطائر بالتشديد ،وأفرخ : صار ذا فرخ . كما في
المصباح ص ٤٦٦ .
(٤) ذكر السبكي الفصل بكامله نقلا عن الماوردى . انظر : تكملته ١١/ ٢٨٩ .

- فصـــــل -

ولو كان في الأرض دولاب[1] للماء، ففيه وجهان:[2]

أحدهما: يدخل في البيع لاتصاله بها وأن فيه كمال منافعها، فجرى مجرى أبواب الدار التي تدخل معها في البيع وإن لم تكن من جنسها، وإنما تدخل في البيع لاتصالها بها وأن فيها كمال منافعها.

والوجه الثاني: لا يدخل في البيع، كما لا يدخل فيه خشبة الزربوق[3] وإن أثبتت[4]، ولا بقرة الدولاب وإن سقت.[5]

وكان بعض أصحابنا / يفصّل فيقول: إن كان الدولاب صغيرا ٨٠/ب يمكن نقله صحيحا على حاله من غير مشقّة لم يدخل في البيع كالزربوق.[6] وان كان كبيرا لا يمكن نقله صحيحا إلّا بالتفصيل والمشقّة الغالبة[7] دخل في البيع، لأنه نصب للاستدامة والبقاء، فجرى مجرى الشجر والبناء.

---

(١) الدولاب: واحد الدواليب، وهو المنجنون التي تُديرها الدابة، على شكل الناعورة يستقى به الماء، وهو فارسي معرّب، وقيل: عربي بفتح الدال وضمها، والفتح أفصح. انظر: الصحاح ١٢٥/١، والمصباح ص١٩٨.

(٢) ذكرهما السبكي في تكملته (١٦٤/١١) نقلا عن الماوردي، ونسب الوجه الثاني الى أبي حنيفة أيضا.

(٣) ب: "الدريوف" وفي التكملة: "الزرقوق" ولم أجد أيا من هذه الكلمات في معاجم اللغة.

(٤) أ، ب، د: "بيعت" جـ" سقت" وكلاهما تصحيف والصواب ما أثبته، والمعنى: أن ذلك لا يدخل في البيع، لأنه منقول وانما أثبت لسهولة الارتفاق به، كي لا يتزعزع عند الاستعمال.

(٥) د: وإن بيعت.

(٦) الزربوق: أثبته من ب، ولا يوجد في سائر النسخ.

(٧) أ: "والمشقّة غالبة" والتصويب من د. وفي ب، ج: "أومشقة غالبة".

- فصـــــل -

فأمّا إن كان في الأرض رحى[1] للماء دخل في البيع بيت الرحى وبناؤه . وأمّا حجارة الرحى ،ففيها ثلاثة أوجه :[2]

أحدها : أنها[3] تدخل[4] في البيع علوا وسفلا ،لأنها من تمام المنافع .

والثاني : لا تدخل[4] فيه[5] علوا وسفلا لامتيازها .

والثالث : يدخل فيه السفلى لاتصالها[6] ،ولا يدخل فيــه العلو لانفصاله . وأمّا دولاب الرحى الذى يديره الماء فيُدير الرحـــى ، فهو تبع للرحى يدخل في البيع بدخوله ،ويخرج منه بخروجه . وإلحاقــه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلوّ[7] .

---

(١) الرحى : الطاحون ،والجمع : أرْحٍ . وأرحاء . كما فــي المصباح ص٢٢٣ .

(٢) أصحّها عند أكثر الأصحاب هو الوجه الأول ،وبه جزم إمام الحرمين راجع : المهذّب ١/ ٢٨٥ ،والفتح ٩ / ٣٢ ،والروضة ٣ / ٥٤٤ ، والتكملة ١١/ ٢٦٥ وذكر وجها رابعا قاله الصيمرى ، وهو أنه إن كان مبنيّا أو في حكم البناء دخل ،وإن كان بخلاف ذلك لم يدخل ،والمغنى ٢ / ٨٤ ،والنهاية ٤/ ١٣٢ ،وشرح المحلــى ٢/ ٢٢٨ .

(٣) في النسخ : "أنه" وهو خطأ .

(٤) أثبته من ج . وفي أ ،د :"يدخل" بالتحتانية في الموضعين ، وهو خطأ . وفي ب غير منقوط .

(٥) ب : "عليه" وهو خطأ .

(٦) ب ،ج : السفل لاتصاله .

(٧) ذكر السبكي الفصل بكامله في تكملته ١١/ ٢٦٥ نقلا عن الماوردى .

- فصـــل -

فأمّا ماكان في الأرض من شجر مقطوع ، وبناء مقلوع ، وعلف مخزون ، وثمر ملقوط ، وتراب منقول ، وسماد [(١)] محمول ، فكل ذلك [(٢)] للبائـــع لا يدخل في البيع إلّا بالشرط ، أو يكون التراب أو السماد قد بسط فـــي الأرض واستعمل [(٣)].

- فصـــل -

فأمّا إذا باعه البناء والشجر ولم يتعرّض لذكر الأرض ، فبياض الأرض الذى بين البناء والشجر لا يدخل في البيع لا يختلف [(٤)].

والفرق بين أن تباع الأرض ، فيتبعها البناء والشجر . وبيـــن أن يباع البناء والشجر ، فلا تتبعه [(٥)] الأرض ، أنّ الأرض أصل والبناء والشـــجر فرع . فاذا بيعت الأرض جاز أن يتبعها فرعها . وإن بيع البناء والشجـــر لم تتبعه الأرض التي هي أصل .

فأمّا ما كان من الأرض [(٦)] قرارا [(٧)] للبناء والشجر ، ففي دخوله

---

(١) السماد : بالفتح ، سرجين ورماد ، كما في المختار ص ٣١٢ .

(٢) قلت : وكذا حكم كل المنقولات التي لا تتصل بالأرض اتصال دوام . انظر الفتح ٩/ ٣٢ ، والروضة ٣/ ٥٤٤ .

(٣) أنظر : التكلمة ١١/ ٢٦٤ .

(٤) قال السبكي في تكلمته ١١/ ١٦١ : " لا يدخل في البيع علـــى المشهور . وقال الإمام - اى الجويني - : إن كان ما بين المغارس لا يتأتى إفرادها بالانتفاع إلّا على سبيل التبعية للأشجار ، فوجهان . " .

(٥) ب ، جـ : " فلا تتبعها " وهو خطأ .

(٦) ب : في الأرض .

(٧) ج : قرار .

في البيع تبعا للبناء والشجر وجهان[1] :

أحدهما : لا يدخل ،لما ذكرناه.

والثاني : يدخل في البيع ؛لأنه لا قوام للبناء والشجر إلّا به ، فخالف بياض الأرض الذى يستغنى عنه.

- فصـــل -

فأمّا إذا قال : " قد بعتك هذا البستان " فالبيع متوجّه الى الأرض ،ويدخل في البيع الشجر والغراس[2] والنخل ،وكل ما له من النبات أصل ،لا يختلف فيه المذهب . بخلاف قوله : "بعتك هذه الأرض "؛ لأنّ اسم البستان[3] لا ينطلق على الأرض البيضاء حتى تكون ذات نخل وشجر.

فلو كان في البستان بناء كان كقوله "بعتك هذه الأرض " على ما ذكرنا من اختلاف المذهب[4] ،لأنّ البستان قد يخلو من البناء فينطلق عليه الاسم. ولا يخلو من البناء والشجر / فينطلق عليه الاسم . ٨١/أ

---

(١) وقيل : قولان . أصحّهما عدم الدخول . انظر : الوجيز ١/١٤٩ ، والفتح ٩/٣٩ ، والروضة ٣/٥٤٧ . والتكملة ١١/٢٦١ ،وقد نسب القول الثاني الى أبي حنيفة أيضا .

(٢) الغراس : بالكسر بمعنى المغروس . يقال : غرست الشجرة غرسا من باب ضرب ،فالشجر مغروس ،ويطلق عليه أيضا "غرْس " و "غراس" انظر : المصباح ص٤٤٥.

(٣) ج : " اسم البنيان " وهوتصحيف.

(٤) وصرّح النووي في المنهاج (٢/٨٤ مطبوع مع المغني) أنّ البناء يدخل في بيع البستان على المذهب . وقال الغزالي في الوجيز ١/١٤٩ : أن البستان لا يتناول البناء على الأظهر.

ولو قال : "بعتك هذه القرية" دخل في البيع سواد القرية[1] كله، من البناء، والمساكن، والدكاكين، والحمّامات، وما في خلال المساكن من النخل والشجر. ولا يدخل في البيع مزارعها، ولا أرضوها، ولا بساتينها وانما يدخل من الأرض ما اختلط به بنيانها[2]، ومساكنها[3]، وماكان من أفنية[4] المساكن وحقوقها، دون غيره.[5]

- فصـــل -

وأمّا إذا باعه دارا وقال : "قد بعتك هذه الدار" وأطلق، فقد دخل في البيع ما اشتملت الدار[6] عليه من بناء وسقوف[7]، وسفل وعلـــو،

(١) سواد القرية : هو ما حولها من البقع سمّى لخضرتها . انظر : تاج العروس ٢/٣٨٥.

(٢) ب : "ما أحاط به بنيانها" ج : "ما اختلط ببنيانها" د : ما اختلط ببنائها".

(٣) د : "مساكينها" وهو خطأ.

(٤) الأفنية : جمع فناء على وزن كتاب، بمعنى الوصيد، وهو سعة أمام البيت. وقيل : ما امتدّ من جوانبه. أنظر : المصباح ص٤٨٢.

(٥) انظر : الوجيز ١/١٤٨، والفتح ٩/٣١، والروضة ٣/٥٤٣. وفيها : " وفي الأشجار وسطها - أى وسط القرية - الخلاف، والصحيح دخولها. وفي المزارع ثلاثة أوجه.:
والصحيح الذى عليه الجمهور : لا تدخل، سواء قال : "بحقوقها" أم لا ؛ بل لا تدخل إلّا بالنصّ على المزارع.
والثاني - قاله إمام الحرمين - : تدخل.
والثالث - قاله ابن كج - : إن قال : ("بحقوقها" دخلت، والّا فلا ".
وراجع أيضا : التكملة ١١/٢٦٥، والنهاية ٤/١٢٩، والمغني ٢/٨٤، وشرح المحلى ٢/٢٢٨.

(٦) الدار : أثبتها من ب، ج وهي لا توجد في أ، د.

(٧) ج : وسقف .

وكل ما كان متّصلا ببنائها على التابيد ، داخلا أوخارجا . من الأبواب المنصوبة ، والأجنحة (١) ، والميازيب. (٢)

وقال أبو حنيفة (٣) : يدخل في البيع من ذلك ما كان داخلا . ولا يدخل فيه ما كان خارجا . ولأجله احترز الشرطيّون في كتب الوثائق ، فقالوا : وكل حق هو لها داخل فيها وخارج عنها .

وهذا مذهب ظهر فساده بإجماع الكافّة على خلافه ، وأنّ التعليل بالاتصال يوجب التسوية في الأمرين .

---

(١) الأجنحة : جمع الجناح بمعنى الجانب ، كما في المعجم الوسيط ١٤٠/١.

(٢) انظر : الإقناع للماوردى ص٩٣ ، والمهذّب ٢٨٥/١ ، والفتح ٣٢/٩ ، والروضة ٥٤٣/٣ ، والتكملة ٢٦٨/١١ ، والحلية ٧١/أ ، والنهاية ١٣٠/٤ ، ورحمة الأمة ص١٣٨ ، والميزان للشعراني ٥٥/٢ (ذكر الأخيران اتفاق أهل العلم على ذلك) .

(٣) هكذا نسبه إليه السبكي في التكملة ٢٨٠/١١ ، ومحمّد بن عبد الرحمن الدمشقي في رحمة الأمة ص ١٣٨ ولكن مذهب أبي حنيفة الموجود في كتب أصحابه هو مثل مذهب الشافعي والجمهور فقد جاء في البدائع ٢٠٥٧/٦ : " فان كان دارا يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت ، ومنزل ، وعلو وسفل ، وجميع ما تجمعه الحدود الأربعة من غير ذكر قرينة ".
وجاء في فتح القدير ٢٨٠/٦ ، "الأصل أنّ كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها .
راجع أيضا : تبيين الحقائق ٩/٤ ، والبحر الرائق ٣١٧/٥ ، ودرر الحكّام ١٤٩/٢ ، والفتاوى الهندية ٢٩/٣ ، والدّرّ المختار مع حاشيته ٥٤٧/٤.

وأمّا ما كان منفصلا عنها من آلة، وقماش[١]، ودلو، وبكرة[٢] وحباب[٣]، وأسرّة، فكله خارج من البيع.

وقال زفر[٤]: كل ما كان في الدار[٥] من آلة وقماش لا يستغنى عنه. فجميعه داخل في البيع. ولأجله احترز الشرطيّون في كتبهم، وقالوا: وكل حق هو لها.

وهذا أظهر فسادا من مذهب أبي حنيفة. ولو جاز دخول هذا في البيع، لجاز دخول ما في الدار من عبيد وإماء وماشية وطعام. وما أحد قال هذا تعليلا بالانفصال.

وكذا كل ما كان منفصلا. وكذا كل[٦] ما فضل[٧] من آلة البناء من آجرّ وخشب فلم يستعمل، أو كانت أبوابا ولم تنصب[٨] فكل ذلك

---

(١) القمش: جمع الشيء من هنا وهنا، وبابه ضرب، وذلك الشيء قماش، وقماش البيت أيضا: متاعه. أنظر: المختار ص ٥٥.

(٢) البَكْرة: الآلة التي يستقى عليها الماء، وهي خشبة مستديرة في وسطها محزّ للحبل، وفي جوفها محور تدور عليه، وهي في قول البعض من حديد. وتفتح الكاف فتجمع على "بكر" وتسكن فتجمع على "بكرات" انظر: المخصّص ٢/٩/١٦٨، والصحاح ٢/٥٥٦، والمصباح ص ٥٩.

(٣) الحِبَابُ: جمع الحَبّ: وهو الخابية، فارسي معرّب، كما في الصحاح ١/١٠٥.

(٤) لم أعثر على قوله في كتب المذهب الحنفي ولكن نسب اليه السبكي في التكملة ١١/٢٨٠، ومحمد بن عبد الرحمن الدمشقي في رحمة الأمة ص ١٣٨.

(٥) من ب. وفي باقي النسخ: من الدار.

(٦) كل: ليس في ب.

(٧) من جـ، د. وفي أ، ب: "فصل" ويأباه السياق.

(٨) جـ: "فلم تنصب" د: "لم تنصب".

خارج من البيع لانفصاله.[١]

فأما السُّلَّم ودرج الخشب ،فان كانت مثبتة الطرفين كان جميع ذلك داخلا في البيع[٢] ؛ لاتّصاله بالبنيان . وإن كانت منفصلة ترفع وتوضع لم تدخل في البيع ؛ لانفصالها عن البنيان .

وكذا الرفوف ،إن[٣] كانت مبنّية أو مسمّرة دخلت في البيع. وإن كانت منفصلة لم تدخل في البيع .

وهكذا الأغلاق[٤] والأقفال ،ما كان منها منفصلا لم يدخل في البيع . وما كان منها متصلا دخل في البيع . وفي دخول مفتاحه وجهان[٥] .

وهكذا كل ما كان منفصلا لا يمكن الانتفاع به إلاّ مع متصل بالدار ، ففيه وجهان :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق المروزى - : يدخل في البيع ؛ / ٨١/ب لأنه تبع لمتصل .

والثاني - وهو قول أبي على بن أبي هريرة - : لا يدخل في البيع ؛ لأنه في نفسه منفصل .

وكذا إذا كان المبيع دكّانا عليه دُرَّابات[٦] يغلق بها ، يريد

---

(١) قلت : وهكذا جزم الرافعي وجماعة أيضا بأن البكرة كالدلو لا يدخل في البيع . ولم يحكوا فيها خلافا . وحكى القاضي حسين فيها وجهين . قال السبكي : وليس ببعيد ،فان البكرة كالمتّصل ،وليست كالدلو. أنظر :التكملة ١١/ ١٧١ .

(٢) ب : دخل جميع ذلك في البيع .

(٣) ج : فان .

(٤) الأغلاق : جمع غَلَق بفتحتين بمعنى القفل ،كما في المختار ٤٧٩ .

(٥) أصحّهما عند الرافعي وغيره ،ويحكى عن صاحب التلخيص أيضا هو أنه يدخل . أنظر: الفتح ٩ / ٣٢ ،والروضة ٣ / ٥٤٤ ،والتكملة ١١/ ٢٧١ .

(٦) في د : "دراريب" وكذا في حاشية الشرواني ٤/ ٤٤٩ .

بها [١] ألواح [٢] الدكّان [٣] . فما كان منها متصلا بالحائط من الجنبتين [٤] يدخل في البيع لاتصاله . وفي دخول الألواح المنفصلة وجهان . [٥]

وكذا التنّور المبني داخل في البيع ، وفي دخول رأسه وجهان. [٦]

وهكذا السفينة [٧] يدخل في البيع من آلتها ما كان متصلا . وفي دخول ما لا يستغنى عنه من آلتها المنفصلة وجهان. [٨]

فأمّا الحباب المدفونة ،فان كان دفنها للانتفاع بها على التأبيد ، كحباب الزيّاتين [٩] ، والبرّازين ،والدهّانين دخلت في البيع [١٠] .

---

(١) أ ،ب ،د : " به " والتصويب من ج .

(٢) أ : " ألواج " وهو خطأ والتصويب من سائر النسخ .

(٣) د : الدكاكين .

(٤) الجنبة : بفتح النون واسكانها بمعنى الجانب ،كما في الصحاح ١/ ١٠١.

(٥) أصحّهما : الدخول ،قال الرافعي : وهو الذى يقتضيه العرف، وقيل : تدخل وجها واحدا حكاه الروياني ،وهو المذكور في التتمّة . انظر : الفتح ٩/ ٣٢ ،والروضة ٣/ ٥٤٤ ،والتكملة ١١/ ٢٧٢.

(٦) يقصد برأس التنّور غطاء المنفصل الذى يغطّى به . وهل يدخل في بيع الدار ؟ فيه وجهان . أصحهما : أنه يدخل . انظر : المغني ٢/ ٨٥ ،والتحفة ٤/ ٤٤٩ . وقليوبي ٢/ ٢٢٩.

(٧) ج : " السقيفة " وهو تصحيف.

(٨) أصحّهما : الدخول . انظر : المراجع السابقة .

(٩) ب : " كحباب الدنانير " وهو تصحيف .

(١٠) هذا هو الوجه الصحيح والمشهور الذى جزم به الشيرازى وغيره ـ كالماوردى ـ مستدلّين بأنها متصلة بالأرض وثابتة فيها . وفي وجه آخر : هي لا تدخل ،لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرّك عند الاستعمال انظر الفتح ٩/ ٣٣ ، والروضة ٣/ ٥٤٤ ،والمغني ٢/ ٨٤ ،والتكملة ١١/ ٢٧٠.

وإن كان دفنها استيداعا لها في الأرض لم تدخل في البيع . كما يدخل في البيع من حجارة الأرض ما كان مبنيّا ،ولا يدخل فيه ما كان مستودعا .

فأمّا إن اتّصل بالدار حجرة[(١)] ،أو ساحة ،أو رحبة لم تدخل في البيع ، لخروج ذلك عن حدود الدار التي لا تمتاز[(٢)] الدار عن غيرهـا إلّا بها ،ولا يصحّ العقد إلّا بذكرها . وهي أربعة حدود في الغالب . فان استوفى ذكرها صحّ البيع . وإن ذكرمنها حدّا أو حدّين لم يصحّ البيع . وإن ذكر ثلاثة حدود وأغفل الرابع ،فان[(٣)] كانت الدار لا تتميّز بـذكر الحدود الثلاثة بطل البيع ، وان تميّزت بذكر الحدود الثلاثة فالصحيح أنّ البيع يصحّ[(٤)] لحصول الامتياز . وفيه وجه لبعض الأصحاب[(٥)] أنّ البيع بإغفال ذكره باطل.[(٦)]

---

(١) يقصد بالحجرة حظيرة الإبل . انظر المختار ص١٢٣.

(٢) ج : لا يمتاز .

(٣) أثبته من ب ،د . وفي أ ، ج : بأن .

(٤) ب ،ج : صحيح .

(٥) ب : وفيه لبعض أصحابنا وجه آخر.

(٦) ذكره السبكي في تكملته (١١/ ٢٧١) نقلا عن الماوردى وابن أبي عصرون. ثم قال : "وفي اشتراط ذكر الحدود إذا كانت الدار معلومة نظر . والذى ينبغي الصحة إذا ذكر ما يميّزها ويمنعها من التباسها بغيرها . وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتّصلة بها ،لاقتضاء العرف ذلك . وأمّا إذا ذكر الحدود ، وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود ،فالأمـر كما قال الماوردى .

وممّن حكى الخلاف في مسألة الحدود تبعا للماوردى الشاشي في الحلية . وقال ابن الرفعة : إنّ الذى يظهر من كلام الأصحاب الصحة إذا أطلق من غير ذكر الحدود ،وتميّزت .أهـ وحكى مـع ذلك كلام الماوردى أيضا."

فأمّا إن اتّصل بالدار ساباط(*)(١) على حائط من حدودها ، فقد اختلف أصحابنا في دخوله في البيع مع الإطلاق على ثلاثة أوجه (٢) :

أحدها : أنه لا يدخل في البيع ،كما لا تدخل الحجرة المتصلة بالدار .

والثاني : تدخل في البيع ،كما تدخل فيه الأجنحة والميازيب.

والوجه الثالث - وهو تخريج أبي الفيّاض-(٣) : أنه يُعتبر حال الأجذاع(٤) من الطرفين . فان كان كل واحد من الطرفين مطروحا على حائط لهذه الدار دخل الساباط في البيع ؛لأنّ جميعه تبع . وإن كان أحد الطرفين مطروحا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل في البيع(٥) ؛ لأنّ جميعه ليس بتبع .

(*) أ : "ساباطا" والتصويب من ب ج د .

(١) الساباط : سقيفة بين حائطين تحتها طريق . والجمع : سوابيط
انظر : الصحاح ٣/١١٢٩ ،والمصباح ص ٢٦٤.

(٢) انظر التكملة : ١١/٢٧٥ وفيها :" قال ابن ابي عصرون عن الأخير : أصحّها . وأطلق ابن خيران في اللطيف عدم دخول الساباط "
قلت : وقد جزم بالوجه الأخير الشرواني في حاشيته ٤/٤٤٨ ،
وقال قليوبي (٢/٢٢٨): إنه المعتمد .

(٣) أبو الفيّاض محمّد بن الحسين بن المنتصر البصرى . تفقّه على القاضي أبي حامد المَرْوَرُّوذى ،وصنّف "اللاحق على الجامع" الذى صنفه شيخه ،وهو تتمته له . وأخذ عنه الصيمرى شيخ الماوردى . درّس بالبصرة ،وعنه أخذ فقهاؤها . توفي في حدود سنة ٣٨٥هـ .
انظر ترجمته في : طبقات الشيرازى ص١١٩ ، تهذيب الأسماء ٢/٢٦٣ ، وهدية العارفين ٢/٥٤ ،وطبقات الأسنوى ١/١٩٢ ،والحسيني ص ١١٦.

(٤) الأجذاع : جمع جذع بكسر الجيم ،ساق النخلة ،كما في المصباح ص ٩٤.

(٥) في البيع : أثبته من ب ،ج . ولا يوجد في أ ،د .

- فصـــل -

فأمّا إذا باعه عبدا وعليه ثياب ،أو أمة وعليها حُلِيّها ، فقد حكى عن عبد الله بن عمر [(١)] أنّ جميع ما على العبد والأمة من ثياب وحليّ يدخل في البيع ؛ لأنه في يد قد ملكت.

وقال قوم [(٢)] : بل يدخل في البيع / من جميع ما عليهما ٨٢/أ قدر ما يستر العورة . وقال جميع الفقهاء [(٣)] : لا يدخل شيء من ذلك في البيع ،لانفصاله عن المبيع . ولقوله صلّى الله عليه وسلّم : " من ابتاع عبدا وله مال فما له للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع " [(٤)] . ولو لزم [(٥)] قدر ما يستر العورة ،للزم قدر ما يسدّ به [(٦)] الجوعة. [(٧)]

---

(١) انظر : رحمة الأمة ص ١٣٨ ،والميزان للشعراني ٢/٥٥ .
قلت : يوافقه الحنفية في الثياب دون الحليّ . فقد جاء في الدرّ المختار (٤/٥٥٠) : "وتدخل ثياب عبد وجارية لا حليّها" وفي التبيين ١٤/١٠ : "وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع من غير شرط للعرف ،إلّا أن تكون ثياب مرتفعة تلبس للعرض ، فلا تدخل إلّا بالشرط ،لعدم العرف،إذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ".

(٢) يوجد هذا القول في كتب المذاهب بدون النسب.

(٣) نسبه في رحمة الأمة ص ١٣٨ ،والميزان ٢/٥٥ الى الأئمة الأربعة.

(٤) هكذا رواه أبو داود ٣/٢٦٨ وابن الجارود ص ٢١٣ ،وقد ورد في أكثر كتب الحديث مقرونا بذكر النخل ،كما تقدّم في ص ٥٥٩ .

(٥) ب : ولو وجب.

(٦) به : لا يوجد في ب ،ج .

(٧) انظر تفاصيل هذا الفصل في : الوجيز ١٤٩/١ وفيه : "والوجه الصحيح تحكيم العرف" قال شارحه في الفتح ٣٦/٩ : ===

- فصـــل -

وإذا ابتاع دابّة عليها سَرْج ولجام أو شيء من آلتها ، كالجُل[1] والمِقْود[2] ،لم يدخل شيء من ذلك في البيع .

وقال قوم[3] : يدخل في البيع الجُلّ والمِقْود . وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما يستر به[4] العورة . وقد بيّنا وجه فساده.

ولكن يدخل في بيع الدابّة النعال المسمّرة في أرجلها ،لأنها كالمتصلة ،وهي بخلاف القُرط في الأذن حيث لم يدخل في البيع ، لأنّ نعال الدابّة موضوعة للاستدامة ،والقرط لا يلبس للاستدامة.[5]

=== "ربما أشعر كلامه -أى الغزالي- بوجه رابع ،لكن المنقول ليس إلّا الوجوه الثلاثة ،فهو إذن ترجيح لوجه دخول ما عليه من الثياب لكن صاحب التهذيب وغيره رجّحوا الوجه السائر الى أن شيئا منها لا يدخل في البيع."
والروضة ٣ / ٥٤٦ وأصحّها : لا يدخل شيء منها أى الثياب ، والتكلمة ١١/ ٢٧٩ ،والمغنى ٢ / ٨٥ ،والنهاية ٤ /١٣٣ ، وشرح المحلّى ٢ / ٢٢٩.

(١) جُلّ الدابّة كثوب الانسان يلبسه يقيه البرد ،والجمع : جلال ، وأجلال . انظر : المصباح ص ١٠٦

(٢) المِقْوَدُ : الحبل يُشَدّ في الزمام أو في اللجام تقاد به الدابة. انظر : الصحاح ٤/ ٥٢٨ ، والمصباح ص ٥١٨.

(٣) ذكره السبكي في تكملته ١١/ ٢٧٩ نقلا عن الماوردى بدون التصريح باسم قائله.

(٤) به : لا يوجد في ب ، ج .

(٥) انظر : الاقناع ص ٩٣ ،والفتح ٩ / ٣٧ ،والروضة ٣ /٥٤٧ ، والتكلمة ١١/ ٢٧٩ والمغني ٢ / ٨٥ ، والنهاية ٤ / ١٣٣.

- فصـــــل -

وإذا ابتاع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة ،لم تدخل في البيع ،كما لا يدخل الكنز المدفون في الدار في البيع .

ثم ينظر في اللؤلؤة أو الجوهرة ،فان كان فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة ، فهي لقطة لا يملكها الصيّاد البائع . وان لم يكن فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة ، فهي ملك للصيّاد البائع .(١) كما يملك ذلك ما يأخذه من معدنه ،لأنّ الحوت والسمك قد يمرّ بمعادن اللؤلؤ والجوهر ،فربما ابتلع شيئا منه.(٢)

ولكن لو ابتاع سمكة ، فوجد في جوفها سمكة ،كانت داخلة في البيع ، وملكها المشترى .(٣)

والفرق بين السمكة تكون في جوف السمكة ،وبين اللؤلؤة ،أنّ السمكة قد تغتذى بالسمك ، فصار ما في جوفه من ذلك من أغذيته ، ومحكوم به من جملته ،وليس كذلك اللؤلؤة .

---

(١) انظر : قليوبي ٢٢٩/٢ ،والبجيرمى ٢٩٨/٤ .

(٢) د : " شئ منه " وهو خطأ .

(٣) انظر : التكملة ٢٧٩/١١ قال السبكي بعد أن حكى قول الماوردى : (وحكى صاحب الاستقصاء أربعة أوجه :
أحدها : هذا .
والثاني : لا يدخل ،بل هو على ملك البائع .
والثالث : إن كان صغيرا دخل ،وان كان كبيرا لم يدخل .
والرابع : قال الصيمرى : والصحيح أن يقال : إن كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل في بيعه ،كما يدخل في بيع الطير الذى يأكل الحيتان . وان كان ممّا لا يأكل الحيتان لم يدخل) .

وهكذا لو ابتاع طائرا ،فوجد في جوفه سمكا أو جردا ، كان داخلا في البيع ،لأنه من أغذيته ،ولو وجد في جوفه[1] خاتما[2] لم يدخل في البيع .

قال الشافعي رحمه الله[3] : (ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر .)[4]

وهذا صحيح ،لأنهما يؤكلان ميّتين ،لكن بعد الغسل ، لنجاستهما بما في جوف الطائر . ولو كان مأخوذا من جوف الحوت لم يجب غسله ،لأنّ ما في جوف الحوت ليس بنجس[5] (وما في جوف الطائر نجس)[6] .[7]

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله[8] : (وإن / كان فيها زرع ، ٨٢/ب فهو للبائع ،يترك حتى يحصد .)[9]

---

(١) أثبته من ب ،جـ . وفي أ ،د : " جوفها " خطأ .

(٢) من جـ . وفي أ ،د : " حاما " . وفي ب : " جاما " وكلاهما تصحيف .

(٣) رحمه الله : ليس في ب . وفي د : " رضي الله عنه " .

(٤) يوجد نصّه في الأم ٢/ ١٩٨ ببعض الفرق .

(٥) قال السبكي في تكملته (١١/ ٢٨٠) : " قلت : وما في جوف السمك وجهان . أظهرهما عند الرافعي النجاسة . فعلى هذا يجب الغسل فيهما " .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٧) انظر في جزئيات هذا الفصل : التكملة ١١/ ٢٧٩ .

(٨) ب ،د : رضي الله عنه .

(٩) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٦٥ .

وهذا كما قال[1] . إذا باع أرضا وفيها زرع يحصد مرة ويؤخذ دفعة ، كالبرّ والشعير والباقلاء ، والكتّان ، فهو للبائع لا يدخل في البيع إلّا بالشرط .[2] بخلاف الشجر والغراس الموضوع للاستدامة والبقاء ؛ لأنّ الزرع لا يوضع للاستدامة ، وإنما يزرع لتكامل المنفعة ، فحلّ محلّ المتاع المودع ، فلذلك لم يدخل في البيع .

فان قيل : فالثمرة الموجودة[3] قبل التأبير تستبقى لتكامل المنفعة ، ثم تجتنى ، وهي داخلة في البيع ، فهلّا كان الزرع مثلها ؟

قيل : الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع ، والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي . وقد فرّق في الأصول بين ما كان من خلقة الأصل فيكون تبعا ، وبين ما يكون مستودعا في الأصل فلا يكون تبعا .

ألا ترى ! لو أنه[4] اشترى أرضا ، فوجد فيها ركازا[5] ، لم يدخل في البيع ؛ لأنه مستودع في الأرض . ولو وجد فيها معدنا كان داخلا في البيع ؛ لأنه خلقة في الأرض.[6]

---

(١) أثبته من ج ، د وفي أ : "يوجد" وهو خطأ وفي ب غير منقوط .

(٢) انظر : الإقناع ص٩٣ ، والتنبيه ص ٦٥ ، والمهذّب ١/٢٨٧ ، والفتح ٩/١٩ ، والروضة ٣/٥٣٧ ، والتكملة ١١/٣٨٩ "لا خلاف أنه لا يدخل في الأرض إلّا بالشرط" والنهاية ٤/١٢٤ ، وشرح المحلّي ٢/٢٢٦ .

(٣) الموجودة : لا توجد في ب ، ج .

(٤) ب ، د : أنه لو .

(٥) الرّكاز : المال المدفون في الجاهلية . أنظر : المختار ص ٢٥٤ ، والمصباح ص٢٣٧ .

(٦) انظر : التكملة ١١/٣٩٠ وقد قال السبكي بعد أن نقل الفرق

===

فاذا ثبت أنّ الزرع لا يدخل في البيع ، فلا يخلو حال المشتـرى من أن يكون عالما بالزرع أو غير عالم . فان كان عالما بالزرع فلا خيـار له في الفسخ . وإن لم يكن عالما بالزرع ؛ لأنه ابتاعها من رؤية متقدّمة ، ولم يرها وقت العقد ، فله الخيار في فسـخ البيع ؛ لأنّ الزرع عيـب يمنعه (١) منفعة الأرض. (٢)

فان فسخ رجع بالثمن . وإن أقام فللبائع ترك الزرع فـي الأرض الى وقت حصاده (٣) . كما يكون له ترك ما أبّر من الثمـر الى وقت جداده . ولا أجرة للمشترى على البائع في تركه (٤) ؛ لأنها منفعة مستحقّة قبل ملكه . وما احتاج الزرع الى سقي ، فعلى المشتـرى التمكين منه ، وعلى البائع مؤنته .

=== المذكور عن الماوردى ما نصّه : " واعلم أنّ الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز ؛ لأنه نبات لا يحمل إلّا مرّة واحدة ، لكن لا قائل بأنّ جذره الثابت في الأرض لا يدخل بخلاف الحنطة والشعير . فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل إلّا مـرّة واحدة وليس له أصل ثابت في الأرض . وبذلك يخرج الموز ، فان له أصلا ثابتا ، منه تنبت الفراخ ".

(١) ب ، ج : لمنعه .

(٢) انظر : الفتح ٩ / ٢٠ ، والروضة ٣ / ٥٣٧ ، والتكملة ١١ / ٣٩٤ .

(٣) خلافا لأبي حنيفة ، فعنده منفعة الأرض مستحقّة للمشترى فلذلك أوجب القطع . أنظر : فتح العزيز ٩ / ٢٠ ، والتكملة ١١ / ٣٩٤ .

(٤) قلت : إن كان المشترى عالما فلا أجرة قطعا . وإن كان جاهـلا فطريقان : أصحّهما : القطع بعدم الأجرة . وقيل : فيه وجهان : أصحّهما : أن لا أجرة ، وتقع تلك المدّة مستثناة ، كمن باع دارا مشحونة بأمتعة ، لا يستحقّ المشترى أجرته لمدة التفريغ. وقيل : تجب أجرة مدّة الإبقاء ، وهو الأظهر عند الغزالـي والجرجاني .

فاذا انتهى إلى أول أوقات(١) استحصاده ،وجب على البائع
أن يحصده ،ولم يكن له تركه(٢) استزادة في صلاحه.

ثم ينظر في الأرض بعد الحصاد . فان لم يبق للزرع عروق
مضرّة ((٣) فقد استوفى حقه ولا شيء عليه . وان بقيت للزرع عروق مضرّة)(٣)
كان على البائع قلعها وازالة الضرر بها إن شاء المشتري.(٤)

فلو جزّ البائع زرعه قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم(٥) الأرض
بعد قلع العروق المضرّة ،وليس له استبقاء الأرض ما بقي من مدّة الزرع ؛
لأنه إنما استحق من منفعة الأرض ما كان صلاحا لذلك الزرع(٦) / ٨٣/أ

فلو كان الباقي من مدّة الزرع بعد جزازه خمسة أشهر ،فزرعها
ما يحصد في خمسة(٧) أشهر ،لم يجز ،وكانت الأجرة عليه واجبة ، وان رضي
المشتري بتركه.

ولو كان الزرع مما لو جُزّ قبل حصاده ،قوى أصله واستخلف(٨)
وفرّخ كالدخن(٩) ، فجزّه قبل حصاده ، كان له استبقاء(١٠)

---

(١) د : إلى وقت.
(٢) ج : ولم يكن له أن يتركه.
(٣) ما بين القوسين ساقط من ج.
(٤) أنظر : الفتح ٩ / ٢١ ،والروضة ٣ / ٥٣٨ ،والتكلمة ١١ / ٣٩٤.
(٥) ج : "تعليم" وهو تصحيف.
(٦) ذكره السبكي في تكلمته (١١ / ٣٩٣) ونسبه الى الماوردى والأصحاب .
(٧) خمسة : أثبتها من ب ،ج .أ ،د : "ستة" ولا يقبلها السياق.
(٨) في أ " واستحلف " والتصويب من سائر النسخ .
(٩) الدخن : حبّ معروف ،يقال له الجَاوَرْس أيضا . كما في المختار ص ٢٠١ ،والمصباح ص ١٩١.
(١٠) ب : "استيفاء" وهو خطأ.

الأصل الباقي إلى أوان[(١)] الحصاد ،لأنه من جملة ذلك الزرع ،وليس له استبقاء[(٢)] ما استخلف[(٣)] وفرّخ بعد الحصاد ،لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه . ولا يملكه المشترى ،كما يملك أصل القتّ[(٤)] الذى يجزّ مرارا ،لأنّ للقتّ[(٤)] أصل ثابت ،والزرع فرع زائل[(٥)]، واستخلاف[(٦)] بعضه نادر[(٧)].

- فصــــل -

فأمّا إذا ابتاع أرضا مزروعة ،وشرط دخول الزرع في البيع ، فلا يخلو حال الزرع من أحد أمرين : إمّا أن يكون قد اشتدّ وبلغ حال الحصاد ،أو لا .

فان لم يبلغ حال الحصاد وكان بقلا أو قصيلا ، صحّ البيع في الأرض والزرع . ولا يلزم[(٨)] في الزرع اشتراط القطع[(٩)] (لأنه[(١٠)] دخل في العقد تبعا للأرض ، فقلّ الغرر[(١١)] به ،فسقط اشتراط القطع فيه .)[(١٠)] وصار كالثمرة التي لم يبد صلاحها إذا بيعت مع نخلها ، صحّ العقد وإن لم يشترط فيها القطع .

---

(١) ب ،ج : إلى وقت .
(٢) ب : "استيفاء" وهو خطأ .
(٣) أ : "مااستحلف" وهو خطأ ،والتصويب من باقي النسخ .
(٤) د : "القث" في الموضعين . قلت : والقتّ : هي الفصفصة. الواحدة قتّة ،كما في المختار ص ٥٢١.
(٥) أ ،د : "زائد" والتصويب من ب ،ج .
(٦) أ ،ج : "استحلاف" وهو خطأ والتصويب من ب ،د .
(٧) ذكره السبكي في تكملته ٣٩٣/١١ نقلا عن الماوردى .
(٨) د : ولا يكون .
(٩) "القطع" ساقط من ج .
(١٠) مابين القوسين ساقط من د .
(١١) ج : "فقد الغرر" وهوتصحيف .

وإن كان الزرع قد اشتدّ واسْتَحْصَدَ (١) فهو على ضربين :

أحدهما : أن يكون مشاهد الحبّ ليس دونه حائل يمنع من روٴيته كالشعير ،فالبيع فيه صحيح ؛لأنه لمّا جاز بيع هذا الزرع (٢) مفردا (٣) ،فأولى أن يجوز بيعه تبعا.

والضرب الثاني : أن يكون الزرع غير مشاهد الحبّ بكمام يمنع من روٴيته ،كالحنطة والعدس . ففي بيعه لو كان مفردا قولان (٤):

أحدهما : يجوز. فعلى هذا بيعه مع الأرض أولى أن يجوز.

والثاني : بيعه لا يجوز . فعلى هذا في جواز بيعه تبعا للأرض وجهان :

أحدهما : يجوز ؛ لأنّ ما كان في البيع تبعا لغيره ، جاز فقد رؤيته وجهالة قدره ،كأساس البنيان (٥) ،ولبن الضرع .

والوجه الثاني : أنّ البيع فيه باطل ؛ لأنه وان كان تبعا لغيره فهو مقصود في نفسه ، بخلاف الأساس واللبن.

فاذا بطل البيع في الزرع ، ففي بطلانه في الأرض قولان (٦) من تفريق الصفقة . ومن أصحابنا من أبطله في الأرض قولا واحدا ،للجهل بحصّة ما قابل الزرع المجهول من الثمن . وهذا من اختلاف أصحابنا

---

(١) استحصد الزّرْعُ : إذا حان حصاده . انظر : المصباح ص١٣٨.

(٢) الزرع : ساقط من د .

(٣) ب : منفردا .

(٤) أظهرهما ،لا يجوز وهو قوله الجديد . انظر : الروضة ٥٥٩/٣ ، والمغني ٩٠/٢.

(٥) ب : البناء .

(٦) قال الروياني في حليته (٧١/ب) : لا يجوز في أصحّ القولين ؛ لأنه مجهول .

في تعليل تفريق الصفقة.[١]

- المسألة -

قال الشافعي[٢] / : (وإن كان الزرع[٣] يُجَزُّ مرارا ، ٨٣/ب
فللبائع جزّة واحدة[٤] ،وما بقي فكالأصل .)[٥] وهذا صحيح .

قد ذكرنا أنّ الزرع على ضربين : ضرب يُجَزّ مرّة فيذهب أصله كالبُرّ والشعير . فقد مضى الكلام فيه . وضرب يُجَزُّ مرارا وهو باقي الأصل ،كالقتّ والأشنان[٦] ،وأنواع من البقول .

فاذا بيعت أرض[٧] فيها منه ،كان ما ظهر من نباته غير داخل في البيع ،وكان الأصل الباقي تبعا للأرض كالنخل والشجر. وهل ينتظر بما ظهر من نباته تناهى جزازه ؟ على وجهين[٨] :

أحدهما: ينتظر به تناهى الجزاز .

والثاني: لا ينتظر به ، بل لا حقّ للبائع إلّا فيما كان ظاهرا وقت العقد ،وبه قال أبو إسحاق المروزى ،وقد مضى توجيههما.[٩]

---

(١) انظر في التفريعات المذكورة في هذا الفصل : الشافعي ٢٣/ب ، والتكلمة ٣٩٨/١١ ،والمنهاج مع المغني ٨٢/٢ ،وتحفة المحتاج ٤٤٤/٤ ، وشرح المحلّى مع قليوبي وعميرة ٢٢٧/٢.

(٢) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه .

(٣) م : زرعا .

(٤) أ ،ج : "جزه ،وأخذه" والمثبت من ب ،د ،م .

(٥) انظر : المختصر ١٦٥/٢.

(٦) الأشنان : بضم الهمزة والكسر لغة ،معرّب ،ويقال له بالعربية الحرض : وهو نوع من العشب يغسل به كالصابون . انظر : المصباح ص١٦.

(٧) د : الأرض .

(٨) ذكرهما السبكي في تكملته ٣٨٢/١١ نقلا من الماوردى .قال : وجزم أكثر الأصحاب بوجوب القطع في الحال لئلا يختلط المبيع بغيره .

(٩) راجع ص : ٥٨٤ - ٥٨٥.

فعلى هذا لوكان هذا النوع (١) من الزرع بذرا لم يظهر بعد ، فمن انتظر بما ظهر منه تناهى الجزاز جعل ما نبت من هـذا البذر أوّل جزّة للبائع . ومن لم ينتظر به التناهي ،وجعل حـقّ البائع مقصورا على ما ظهر،جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشترى . (٢)

- فصـل -

فأمّا البطّيخ والخيار والقثّاء وما تؤخذ ثمرته (٣) مرّة بعد أخرى ، لكن في عام واحد ،فقد اختلف أصحابنا في حكمه إذا بيعت الأرض وهوفيها على وجهين :

أحدهما - وهو قول البغداديين - : أنه يكون في حكم الشجر، فيكون للبائع من ثمرته (٣) ما قد ظهر ،وللمشترى الأصل الباقي وما يظهر ، لأنّ ثمرته لا توجد دفعة واحدة (٤) ، فصار بالشجر أشبه .

---

(١) هذا النوع : أثبته من ب ،وهو ساقط من أ ،د . وفي ج سقط "هذا " فقط.

(٢) قال السبكي في تكملته (٣٨٤/١١) عن الوجه الأول : " هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعي (في الأمّ ٣٩/٣) . ثم بعد أن نقل كلامه قال : والصحيح المشهور أنّ البذور وجميع ما يظهر للمشترى .
وراجع في المسألة أيضا : الفتح ٩ / ٢١ ،والروضة ٥٣٨/٣ ، والمغني ٨١/٢ ،والنهاية ١٢١/٤ ،وشرح المحلى ٢٢٥/٢ .

(٣) ب : " ثمره " في الموضعين .

(٤) واحدة : أثبتها من د . وهي لا توجد في باقي النسخ .

والوجه الثاني - وهو قول البصريين - : أنه يكون في حكم الزرع، فيكون للبائع أصله وثمره ،لأنه زرع عام واحد ،وإن تفرّق لقاط ثمره. والشجر ما بقي أعواما ،فألحق به في الحكم ما بقي أعواما كالعلف ،ولم يلحق به[1] ما لم يبق إلّا عاما واحدا كالزرع.[2]

- فصل -

فأمّا الموز فأصله لا يحمل إلّا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف[3] مكانه فرخا يحمل في العام المقبل . فاذا كان كذلك ،فالأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع، لأنه لا يبقى بعد سنته. والفرخ الذى يستخلف[3] كالشجر يدخل في البيع.[4]

---

(١) ج : " ولما لم يلحق به " وهو خطأ.

(٢) في التكملة (٣٨٦/١١) : " والروياني جزم القول فيما يُجزّ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدّة يسيرة كالهِندَبا والجرجير. وما يبقى سنين .
قلت : وكلام الشافعي أيضا يدلّ على ذلك ، فقد قال في الأمّ ٤٠/٣ : " والقصب والقثّاء وكل ما كان يصرم مرة بعد أخرى من الأصول ،فللمشترى ملكه ،كما يملك النخل إذا اشترى الأصل ، وما خرج فيه من ثمرة مرة فتلك الثمرة للبائع ،ومابعدها للمشترى ... وهكذا البقول كلها " .

(٣) يستخلف : أثبته من د . وفي سائر النسخ "يستحلف " في الموضعين وهو خطأ.

(٤) قد صرّح بذلك الشافعي في الأمّ (٣٨/٣) حيث قال : " إذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ،فله ما خرج من الموز قبل بيعه ،وليس له ما خرج مرّة أخرى من الشجر الذى بجنب الموز"

===

- مسألة -

قال الشافعي [(١)] : (فان كان فيها حبّ [(٢)] قد بذره ،فالمشترى بالخيار ،إن أحبّ نقض البيع ،أو يترك [(٣)] البذر ،حتى يبلغ فيحصده. [(٤)])

وهذا كما قال . إذا ابتاع أرضا فيها بذر لزرع لا يبقى له بعد حصاده أصل كالبرّ والشعير ، فالبذر / للبائع ،خارج من العقد ،لأنه مستودع في الأرض لتكامل المنفعة ، لا للاستدامة . ٨٤/أ

فان كان المشترى عالما به فلا خيار له في فسخ البيع . وإن كان غير عالم فهو بالخيار [(٥)] . فان أقام كان البذر مقرّا في الأرض الى وقت حصاده ،كما قلنا في الزرع.

=== هذا ، وقد قال السبكي في تكملته (٣٨٧/١١) بعد أن حكى كلام الماوردى هذا :(وقوله "إنّ الفرخ يدخل في البيع" إن فرض في فرخ يحدث بعد البيع ، فلا معنى لتشبيهه بالشجر. ولا يقال : إنه دخل في عقد البيع ،بل ذلك كسائر ما يحدث، يستحقّه المشترى بحكم الملك ،لا بحكم الدخول في العقد . وإن فرض في فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغي على قوله أن لا يدخل لأنه لا يبقى؛ لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع).

(١) ب ،د : "الشافعي رضي الله عنه " ج : "الشافعي رحمه الله".

(٢) د : " حبّا " وهو خطأ.

(٣) ج ،م : أو ترك.

(٤) انظر : مختصر المزني ١٦٥/٢.

(٥) وينقطع خيار المشترى إذا تركه البائع له. وعليه القبول. وكذلك لو قال البائع "آخذه وأفرغ الأرض "سقط خيار المشترى أيضا إن أمكن ذلك في زمن يسير ،وبدون أن يضرّ القلع الأرض .
===

فان قيل : فهلّا كان بيع الأرض المبذورة أو المزروعة باطلا في أحد القولين كالأرض المستأجرة ؛لأنّ منفعة المبيع في الحالين مستحقة؟

قيل : الفرق بينهما أنّ الأرض المشغولة بزرع البائع مقدور على تسليمها (لأنه ليس عليها لغيره يد مانعة ، فصحّ بيعها قولا واحدا[1] ، والأرض المستأجرة غير مقدور على تسليمها)[2] (لأنّ عليها للمستأجر يد مانعة ،فبطل بيعها)[3] على أحد القولين.[4]

فلو شرط في عقد البيع دخول البذر ،فان كان يجهل حال البذر في جنسه وصفته لم يجز[5] . وإن علمه فعلى وجهين :[6]

=== صرّح بذلك الشافعي والأصحاب . انظر : الأم ٣٩/٣ ،والمهذّب ٢٨٧/١ ،والفتح ٢٢/٩ ،والروضة ٥٣٩/٣ ،والمغني ٨٢/٢ ،والنهاية ١٢٥/٤ ، وشرح المحلّى ٢٢٦/٢.

(١) قال الفوراني في الإبانة ١٢٥/ب : " من أصحابنا من يجعل المسألة على قولين بناء على بيع الأرض المكتراة . والصحيح أنّ فيها قولا واحدا أنه يصحّ البيع".

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل ،وأثبته من باقي النسخ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب.

(٤) ويوجد هذان القولان فيما إذا باعها من غير المستأجر . وأمّا إذا باعها من المستأجر جاز البيع قولا واحدا . انظر: المهذّب ٤١٤/١ ،والتنبيه ص ٨٥.

(٥) لم يجز قولا واحدا بناء على الطريقة المشهورة في بيع الغائب . وفي وجه يجرى فيه الخلاف. انظر :التكملة ٤٠٠/١١ ،والمغني ٨٢/٢ ،والنهاية ١٢٦/٤ .

(٦) والوجه الثاني هو الصحيح المشهور من المذهب . انظر:المهذّب ٢٨٧/١ ،والتكملة ٣٩٩/١١.

أحدهما : يجوز ،لأنه تبع.

والثاني : لا يجوز ،لأنه مقصود .

فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ، ففي بطلانه في الأرض قولان من تفريق الصفقة [١] . ومن أصحابنا من أبطل البيع فيها [٢] قولا واحدا. [٣]

- مسألة -

قال الشافعي : (وان كان [٤] فيها حجارة مستودعة ،فعلى البائع نقلها ،وتسوية الأرض على حالها ،لا يتركها حفرا . ولو كان غرس [٥] عليها شجرا ،فان كانت تضرّ بعروق الشجر فالمشترى بالخيار . . .) الفصل الى آخر الباب. [٦]

---

(١) في التكملة ١١/٤٠٠ : وهو الذى يقتضي إيراد الماوردى ترجيحها ، وجزم بها القاضي حسين والفارقي تلميذ المصنّف - اى الشيرازى - وغيرهما ، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن .

(٢) فيها : ساقط من ب ،د .

(٣) في التكملة ١١/٤٠٠ : " ويقتضي إيراد القاضي أبي الطيّب ترجيحها ،وهي المذهب عند الروياني ،وهي مقتضي المذهب في أنه يختار بالقسط " وراجع أيضا : المنهاج مع المغني ٢/٨٢ ،والنهاية ٤/١٢٦ ،وشرح المحلّي ٢/٢٢٦ .

(٤) ب : " واذا كان " م : " وان كانت " .

(٥) ب : " عرش " وهو خطأ .

(٦) أنظر : مختصر المزني : ٢/١٦٥-١٦٦ ،وتمامه : " وإن كانت لا تضرّبها ،ويضرّها إذا قلعها ،قيل للبائع أنت بالخيار ، إن سلّمتها فالبيع جائز ، وإن أبيت قيل للمشترى : أنت بالخيار

===

وهذا كما قال . إذا ابتاع أرضا فظهرت فيها حجارة ، لم يخل حالها من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تكون مخلوقة في الأرض . والثاني : أن تكون مبنيّة فيها . والثالث : أن تكون مستودعة فيها .

فان كانت الحجارة مخلوقة في الأرض ، فهي داخلة في البيع ، كما يدخل في البيع قرار الأرض وطينها . ثم لا يخلو حالها إذا كانت مخلوقة في الأرض(1) من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن تكون الحجارة مُضِرّة بالأرض في الغرس والزرع جميعا . فهذا عيب(2) يستحقّ المشترى به خيار الفسخ ، إلّا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع .

والحالة الثانية : أن تكون الحجارة غير مُضِرّة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينها وبين وجه(3) الأرض ، بحيث لا يصل اليها عرق زرع ولا غرس . فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشترى .

والحالة الثالثة : أن تكون الحجارة مضرّة بالغراس ، لوصول عروقه اليها ، وغير مضرّة بالزرع لبعد / عروقه منها . فقد اختلف ٨٤/ب

=== في الرّد ، أو يقلعه ويكون عليه قيمة ما أفسد عليك .

وراجع في المسألة : الأم ٣/ ٤٠ ، والإبانة ١٢٥/ب ، والوجيز ١٤٨/١ والفتح ٩/ ٢٣ ، والروضة ٣/ ٥٣٩ ، والتكملة ١١/ ٢٩٢ ، والمنهاج مع المغني ٢/ ٨٢ ، والنهاية ٤/ ١٢٦ ، وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة ٢/ ٢٢٧ ، والتحفة ٤/ ٤٤٤ .

(١) في الأرض : ساقط من ب ، جـ .

(٢) وفي وجه هو ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة . انظر الفتح ٩/ ٢٤ والروضة ٣/ ٥٣٩ ، والتكملة ١١/ ٢٩٢ .

(٣) وجه : لا يوجد في د .

أصحابنا هل يكون ذلك عيبا يوجب الخيار للمشترى ؟ على وجهين :

أحدهما : هو عيب ؛ لأنه قد منع بعض منافعها.

والوجه الثاني - وهو محكي عن أبي إسحاق المروزى - : أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ؛ لأنّ الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو تصلح للزرع دون الغرس ، لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة بأحدهما. كذلك ما وجد فيها مانعا من الغرس دون الزرع ، لم يكن عيبا ولا خيار.

والأصحّ عندى أنه ينظر في أرض تلك الناحية . (فان كانت مرصدة للزرع ، أو بعضها للغرس وبعضها للزرع ، فليس[1] هذا عيبا[2] ، ولا خيار فيه)[3] . وإن كانت مرصدة للغرس ، فهذا عيب وفيه الخيار ؛ لأنّ العرف المعتاد يجرى في العقد مجرى الشرط[4] . ولعلّ اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون في الجواب اختلاف ، لكن ذكرت ما حُكي ، وبيّنت ما اقتضته الدلالة عندى.[5]

---

(١) أ ، ج : "وليس " والتصويب من ب ، د .

(٢) عيبا : أثبته من ب . وفي سائر النسخ "عيب " وهو خطأ .

(٣) مابين القوسين تكرر في جـ .

(٤) انظر في أمثلة هذه القاعدة "الأشباه والنظائر" للسيوطي ص ٩٦ .

(٥) وقد حسّن السبكي كلام الماوردى فقال : "قلت : وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه . وهو يقتضي أنها إذا كانت في موضع غير مُعَدّ للزرع ولا للغرس ، كالأراضي بين البنيان في كثير من المواضع . فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب . انظر تكملته ١١/٢٩٢ .

- فصـــل -

وإن كانت الحجارة مبنيّة في الأرض ، فهي داخلة في البيع ؛[(١)] لأنها موضوعة للاستدامة كالبناء الظاهر . وغالب الحال فيما بنى في الأرض من حجر أنه غير مُضرّ بغرس ولا زرع ؛ لأنّ العرف جار ببنائه في مسنّاة[(٢)] الأرض ومشاربها ومجارى مياهها ، فان كانت كذلك فلاخيار للمشترى فيها ؛ لأنها زيادة غير مُضرّة.

وان كانت الحجارة مبنيّة بخلاف العرف في موضع مضرّ بالغرس والزرع ، فللمشترى خيار الفسخ على ما مضى ، إلاّ أن يسهل قلعها لقصر المدّة وقلة المؤنة ، فلا خيار.

- فصـــل -

وإن كانت الحجارة مستودعة في الأرض - وهي مسألة الكتاب - فهي غير داخلة في البيع ؛ لأنّ ما أودع في الأرض للحرز ، ولم يوضع للاستدامة والتأبيد ، فهو كالكنز المدفون ، يكون للبائع ، ولا يدخل في البيع.[(٣)]

---

(١) قال السبكي في تكملته (٢٩٣/١١) : وهذا على المذهب في أن بيع الأرض مستتبع البناء . والطرق التي تقدّمت في ذلك جارية فيه حرفا بحرف. ثم قال : " وهذا الكلام في الدخول وأمّا كونها عيبا فقد جعلها الرافعي - وكذا النووى - عيبا إذا كانت مضرّة بالغراس والزرع كالمخلوقة " .

وراجع أيضا : الفتح ٢٣/٩ ، والروضة ٥٣٩/٣ .

(٢) ب : في مسنيّات.

(٣) انظر : المهذّب ٢٨٥/١ ، والفتح ٢٤/٩ ، والروضة ٥٣٩/٣ ، والمغني ٨٣/٢ والنهاية ١٢٧/٤ ، وشرح المحلى ٢٢٧/٢ .

واذا كان كذلك لم يخل حال الحجارة من أربعة أقسام[(١)] ،
أحدها : أن يكون تركها غير مضرّ ، وقلعها غير[(٢)] مضرّ . (والثاني : أن يكون تركها مضرّا[(٣)] ، وقلعها مضرّا[(٣)] . والثالث : أن يكون تركها غير مضرّ ، وقلعها مضرّا[(٤)])[(٥)] والرابع : أن يكون قلعها غيرمضرّ ، وتركها مضرّا[(٦)] .

فأمّا القسم الأول : وهو أن يكون تركها غير مضر ، لبعدها من عروق الغراس والزرع ، وقلعها غير مُضِرّبه ، لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع ، فالبيع لازم ، ولا خيار للمشترى (لارتفاع الضرر . وعلى البائع قلع حجارته[(٧)] . فان سمح بها للمشترى)[(٨)] لم يلزمه قبولها / ، ٨٥/أ لأنها هبة محضة ، ويؤخذ البائع بقلعها ، فاذا قلعها فان كان المشترى عالما بالحجارة ، فلا أجرة له على البائع في مدّة القلع ، لأن علمه بها يجعل زمان قلعها[(٩)] مستثنى ، كما تُقرّ ثمرة البائع على نخل المشترى بغير أجرة ، لأنّ العلم بها يجعل زمان تركها[(١٠)] مستثنى .

---

(١) ذكرها الرافعي في الفتح ٩/٢٤ ، والنووى في الروضة ٣/٥٣٩ ، والسبكي في تكلمته ١١/٢٠٤ .
(٢) غير : ساقط من د .
(٣) في أ : " مضرّ " في الموضعين . والتصويب من ب ، ج .
(٤) أ ، ب " مضر " والتصويب من جـ .
(٥) ما بين القوسين ساقط من د .
(٦) أ ، د : " مضر " والتصويب من ب ، ج .
(٧) هذا هو الوجه الصحيح ، وهو المذهب . وفي وجه هو لا يجبر على ذلك . انظر : الفتح ٩/٢٤ والروضة ٣/٥٤٠ والتكلمة ١١/٤٩٥ .
(٨) مابين القوسين ساقط من د .
(٩) د : " زمان تركها " وهو خطأ .
(١٠) ب : زمان بقائها .

وإن كان المشترى غير عالم بالحجارة اعتبر زمان القلع فان كان يسيراً لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه ،فلا أجرة على البائع . وإن كان كثيرا يكون لمثله أجرة ، نظر فيه .

فان كان بعد قبض المشترى ،وجب على البائع أجرة المثل[(١)] ، لتفويته على المشترى منفعة تلك المدّة . ووجب عليه أيضا تسوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة .[(٢)]

وإن كان ذلك قبل قبض المشترى ، فهل يجب على البائع الأجرة أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : تجب عليه الأجرة لتفويته على المشترى ما ملكه من المنفعة ،كما لو كان بعد القبض .

والوجه الثاني - وهو مذهب جمهور أصحابنا - : لا أجرة عليه ؛ لأنّ منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشترى بيد البائع على الأرض .

فأمّا تسوية الأرض وإصلاح حفرها فلا يجب على البائع وجها واحدا.[(٣)] لكن يجب بذلك للمشترى خيار الفسخ ؛لأنه عيب ونقص . كما لو اشترى عبدا فقطع البائع يده قبل القبض ،لم يجب للمشترى أرش ، لكن يستحقّ به خيار الفسخ ؛ (لأنه عيب ونقص ،وإن كان بعد القبض ،لزمه تسوية الحفر وجها واحدا ،ولا خيار للمشترى . كمالو اشترى عبدا وقبضه ،فقطع البائع يده ، لزمه[(٤)] الأرش وجها واحدا ،ولا خيار للمشترى)[(٥)] لحدوث النقص[(٦)] . فهذا القسم الأول .

---

(١) أى على الصحيح . قاله السبكي في تكملته ١١/ ٢٩٥.
(٢) وحكى السبكي فيه طريقين . أحدهما : القطع بالوجوب . وهو قول الماوردى . والثانية : أنه على وجهين ،انظر : المرجع السابق .
(٣) حكى السبكي فيه طريقين . أحدهما : أنه لا يجب على البائع قولا واحدا والثانية : فيه وجهان .
(٤) جـ : "فله" وهو تصحيف.
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب.
(٦) لحدوث النقص : أثبته من ب ،ج . وهو ساقط من أ، د .

- فصـــــل -

وأمّا القسم الثاني : وهو أن يكون تركها مضرّا [١] لقربها من عروق الغراس والزرع ،وقلعها مضرّا [١] لما في الأرض من غراس وزرع ، فلا يخلو حال المشترى من ثلاثة أحوال : إمّا أن يكون عالما بالحجـــارة وبضررها . أو غير عالم بالحجارة ولا بضررها (أو يكون عالما [٢] بالحجارة غير عالم بضررها .

فان كان عالما بالحجارة وبضررها) [٣] فلا خيار له (فـــي الفسخ ،ولا أجرة له) [٤] في القلع ، لأنّ العلم بالعيب يمنع من الخيار. والعلم بالحجارة يمنع من استحقاق الأجرة.

وإن كان غير عالم بالحجارة [٥] وبضررها ،فله الخيار في الفسخ لأجل ما يلحقه من الضرر والنقص . فان فسخ رجع بالثمن ،وإن أقـــام كانت الأجرة مستحقّة على ما مضى . وهو أن ينظر في الزمان . فـــان كان / يسيرا فلا أجرة فيه . وان كان كثيرا نظر . فان كان بعـــد القبض استحقّ الأجرة وتسوية الأرض . وإن كان قبل القبض ففي استحقاق الأجرة وجهان . ولا يلزم تسوية الأرض.

٨٥/ب

وإن كان المشترى عالما بالحجارة غير عالم بضررها ، استحقّ الخيار في الفسخ لعدم علمه بالضرر [٦] . ولا يستحقّ الأجرة إن أقام ، لعلمه بالحجارة ،وأنّ [٧] العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى .

---

(١) أثبته من ج ،وفي سائر النسخ : "مضرّ" في الموضعين وهو خطأ .
(٢) أ : "عالم" والتصويب من ب ،ج.
(٣) ما بين القوسين ساقط من د .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) بالحجارة : ساقطة من د .
(٦) ب : بضررها .
(٧) ج : بدون "أن".

وعلى جميع الأحوال ليس للبائع إقرار الحجارة في الأرض إن أقام المشتري على البيع. فهذا القسم الثاني.

- فصل -

وأمّا القسم الثالث : وهو أن يكون تركها غير مضرّ، لبعدها من عروق الغراس والزرع، وقلعها مضرّا [1] ؛ لما في الأرض من غراس وزرع وهي مسألة الكتاب، فلا يخلو حال المشتري من أن يكون عالما بالحال، أو غير عالم.

فإن كان عالما بالحال فللبائع قلع حجارته، ولا خيار للمشتري، ولا أجرة ؛ لأجل علمه، فلو كان المشتري قد غرس عليها أو زرع، كان للبائع قطع غرسه وزرعه، ليصل إلى قلع حجارته.

وإن كان المشتري غير عالم بالحال، قيل للبائع : أتسمح [2] بترك الحجارة ؟ فإن سمح بها لزم البيع وسقط خيار المشتري. ولم يكن له أن يمتنع [3] من قبولها ليثبت له الفسخ.

فإن قيل : فهذه هبة، والهبة لا يلزم قبولها. [4]

قيل : ليس المقصود بتركها الهبة حتى لا يلزم قبولها. وإنما المقصود بتركها إسقاط الضرر عن المشتري فيما يلحقه بالقلع. فخرج [5] عن معنى الهبة. وسقطت فيه المكافأة والمنّة.

---

(١) أثبته من ج. وفي سائر النسخ " مضرّ " بالرفع وهو خطأ.
(٢) أثبته من ب. وفي سائر النسخ : " تسمح " بدون الهمزة.
(٣) أثبته من ب. وفي سائر النسخ : وليس له المنع.
(٤) انظر : التنبيه ص ٩٤، والمهذّب ١/٤٥٣.
(٥) د : " فجرى " وهو تصحيف.

ثم ليس للبائع إذا سمح بها أن يرجع فيها [(١)] . سواء [(٢)] وجد من المشترى القبول أم لا ، لأنه يجرى مجرى الإبراء الذى لا يجوز فيه الرجوع ولا يعتبر فيه القبول .

وإن قال البائع : أريد قلعها ولست أسمح بها . قيل للمشترى : هذا عيب تستحق به الخيار. فان فسخ رجع بالثمن . وإن أقام لم يخل حال الأرض التي يضرّبها قلع الحجارة من ثلاثة أحوال : إمّا أن يكون فيها غرس متقدّم قد دخل في البيع ،أو يكون فيها غرس قد استحدثه المشترى بعد البيع ،أو يكون فيها زرع .

فان كان فيها غرس متقدّم قبل البيع يضرّ به قلع الحجارة ،فللبائع قلع حجارته . وينظر ،فان قلعها بعد القبض فعليه أجرة مثل المدّة [(٣)] إن طالت ،وأرش ما نقص الغرس بالقلع ،وتسوية الأرض . وإن كان قبل القبض ،لم يلزمه أرش نقص الغرس [(٤)] ،ولا تسوية الأرض . وهل يلزمه الأجرة أم لا ؟ على وجهين . [(٥)]

---

(١) وهذا ينبني على أن ترك البائع لها يعتبر تمليكا . وفيه وجهان . أحدهما : أنه تمليك ،ليكون في مقابلة ملك حاصل . وبه أجاب الماوردى هنا . وأظهرهما : أنه قطع للخصومة ،لا غير .
وينبني على الوجهين ما لو قلعها المشترى يوما ما ،أو بدا للبائع في تركها ،هل يمكن من الرجوع. والأكثرون أن له ذلك ،ويعود خيار المشترى ،وهو القياس . وقال الإمام - وهو رأى الماوردى - لا رجوع . ويلزم الوفاء بالترك ،إلّا اذا جرت حال يزول فيها المعنى المقتضى للترك. انظر : تكملة السبكي ١١/٣٠٧ .

(٢) أثبته من ج ،وفي سائر النسخ " سوى " وهو خطأ .

(٣) تلزمه الأجرة على الصحيح ، انظر : تكملة السبكي ١١/٣٠٩ .

(٤) الغرس : أثبته من ب ،وفي سائر النسخ : " الأرض ". وهو خطأ .

(٥) أصحّهما : لا تلزمه الأجرة . التكملة ١١/٣١٠ .

وإن كان الغرس قد استحدثه المشترى بعد البيع ،فهذا لا يكون إلّا بعد القبض / فتلزمه الأجرة ،وتقص الغرس، وتسوية الأرض . ولا يلزم البائع ترك حجارته الى تقضّى مدّة الغراس . ٨٦/أ

وإن كان فيها زرع ،فزرع المشترى يكون بعد قبض الأرض . وعلى البائع ترك حجارته الى تقضّي مدّة الزرع ؛ لأنه زرع غير متعدّ به ، فلا يقلع زرعه قبل حصاده.

والفرق بينه وبين الغرس : أنّ الغرس (١) موضوع للاستدامة وليس لمدته حدّ وغاية . والزرع موضوع للأخذ ،ولمدته غاية وحدّ .

فاذا حصد المشترى زرعه ،قلع البائع حينئذ حجارته ،ولزمه (٢) الأجرة ،وتسوية الأرض . فهذا القسم الثالث .

- فصـــل -

وأما القسم الرابع : وهو أن يكون تركها مضرّا (٣) لقربها من عروق الغراس (٤) والزرع ، وقلعها غير مضرّ لأنه ليس عليها غراس ولا زرع ، فالبائع في هذا مجبور على قلع الحجارة لدفع الضرر عن المشترى ، ولا خيار للمشترى ؛ لأنّ البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه .

ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى . إن كـــــان بعد القبض لزمه الأجرة ،وتسوية الأرض . (٥)(وإن كان قبل القبض لا يلزمه تسوية الأرض) (٥) وفي الأجرة وجهان .

---

(١) أن الغرس : ساقط من د .

(٢) ب ،ج : ولزمته .

(٣) أ ،د : " مضرّ " والتصويب من ب ،ج .

(٤) د : عروق الشجر.

(٥) مابين القوسين لا يوجد في كل النسخ ولكن السياق يقتضي إثباته .

ولو [١] كان ترك الحجارة مضرًّا [٢] بالغراس دون الزرع ، لزم البائع قلعها وجها واحدا . بخلاف الحجارة المخلوقة ، لأنّ الحجارة المستودعة تدليس من البائع يمكن دفعه [٣] . والمخلوقة بخلافه والله أعلم. [٤]

* * *

---

(١) ب : وان.

(٢) أ ، د : " مضرّ " والتصويب من ب ، ج .

(٣) من ج ، د . وفي أ ، ب : " رفعه " وهوتصحيف .

(٤) ب : بدون : " والله أعلم " وفي د : " والله أعلم بالصواب ".

(١)
[- باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار، ورّد الجائحة -] من كتب

قال الشافعي رحمه الله : (أخبرنا مالك، عن حميد (٢)، عن أنس أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى. قيل : يا رسول الله! وما تزهى ؟ قال : حتى تحمرّ.) (٣)

قد ذكرنا في الباب الماضي الحكم في بيع النخل دون الثمرة. وفي بيع الثمرة مع النخل. وهذا الباب مقصور على بيع الثمرة دون النخل. ولا يخلو حال الثمرة المبيعة من أحد أمرين : أن تكون بادية الصلاح، أو غير بادية الصلاح.

فان كانت غير بادية الصلاح فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تباع بشرط التبقية. والثاني : أن تباع بشرط القطع. والثالث : أن تباع بيعا مطلقا.

---

(١) م : باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه.

(٢) هو أبو عبيدة حُمَيْد بن أبي حُمَيْد -تِيَر- الطويل، البصرى، الخُزاعي مولاهم. اختلف في اسم أبيه على نحو عشرة أقوال. ولُقّب بالطويل للطول في يديه. وهو ثقة جليل، ولكنه يدلّس عن أنس. قال شعبة : لم يسمع حميد من أنس إلّا أربعة أو ثلاثة أحاديث. والباقي سمعه من ثابت، أوثبّته فيه ثابت. توفى سنة ١٤٢، وقيل ١٤٣ هـ وهو قائم يصلي، وله ٧٥ سنة.
انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٣٨/٣، ولسان الميزان ٦١٠/١، والخلاصة ص ٩٤، والكاشف ٢٥٦/١، والتقريب ص ٨٤.

(٣) انظر مختصر المزني ١٢٦/٢، والأم ٤١/٣. والحديث أخرجه أيضا البخارى ١٠٧/٣ ومسلم ١١٩٠/٣، والنسائي ٢٣٢/٧، ومالك في الموطأ ٦١٨/٢، والبيهقي ٣٠٥/٥ والطحاوى في شرح المعاني ٢٤/٤. كلهم بزيادة في آخره : " قال : أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ ". قال ابن حجر في التلخيص (٢٨/٣) عن هذه الزيادة بأنها موقوفة من قول أنس، وأن رفعها وهم.

فأما القسم الأول : وهو أن تباع بشرط التبقية والترك ، فبيعها باطل (١) ،لما روى : " أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي . قيل : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمرّ . "

وروى سعيد (٢) ،عن جابر ،قال : "نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم /أن تباع ثمرة حتى تشقّح . قيل : وما تشقّح ؟ قال : حتى تحمارّ و تصفارّ ويؤكل منها . " (٣) ٨٦/ب

وروى نافع ، عن ابن عمر : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الثمار (٤) حتى يبدو صلاحها . " (٥)

---

(١) نقل فيه الإجماع ابن قدامة في مغنيه ٦٣/٤ ،والسبكي في تكملته ٣١٢/١١ ،وابن رشد في بدايته ٢٤/٢ ،ونقل عن اللخمي جوازه تخريجا على المذهب ،وابن هبيرة في إفصاحه ٢٢١/١ . وقال الحافظ في فتحه ٣٩٤/٤ : " وقيل : يجوز مطلقا ولو بشرط التبقية . وهو قول يزيد بن أبي حبيب . قال : ووهم من نقل الإجماع فيه . "

(٢) هو أبو الوليد سعيد بن ميناء ،مولى البختري بن أبي ذياب ، المكي ،ويقال المدني . روى عن جابر ،وأبي هريرة . وعنه أيوب السختياني ،وسليم بن حيّان وغيرهما . ثقة . أنظر : الجرح ٦١/٤ ، وتهذيب التهذيب ٩١/٤ ،والتقريب ص ١٢٦ ، والكاشف ٣٧٣/١ .

(٣) أخرجه البخارى ١٠١/٣ ،ومسلم ١١٧٥/٣ ،وأبو داود ٢٥٣/٣ وأحمد ٣٢٠/٣ ، ٣٦١ ،والبيهقي ٣٠٠/٥ قال ابن الأثير في نهايته ٤٨٩/٢ : " يقال أشقحت البُسرة وشقّحت إشقاحا و تشقيحا ،والاسم : الشقحة . "

(٤) د : عن بيع النخل .

(٥) أخرجه البخارى ١٠٠/٣ ،ومسلم ١١٦٥/٣ ،وأبو داود ٢٥٢/٣ ، والنسائي ٢٣١/٧ ،وابن ماجة ٧٤٧/٢ ،ومالك في موطّئه ٦١٨/٢

===

وروى أبوهريرة : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع النخل حتى يحرز من كل عارض".(١)

وروى حميد ،عن أنس : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة".(٢)

=== والشافعي في الأم ٤١/٣ ،والبيهقي ٢٩٩/٥ ،والدارمي ٢٥٢/٢ ،كلهم بزيادة في آخره : " نهى البائع والمبتاع " وروى الشافعي بدون هذه الزيادة أيضا .

(١) أخرجه أبو داود ٢٥٢/٣ بلفظ :" نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع المغانم حتى تقسّم ،وعن بيع النخل حتى تحرز من كل عارض ،وأن يصلي الرجل بغير حزام " وأحمد ٣٨٧/٢ ، ٤٧٢،٤٥٨ بنحو أبي داود . والحديث سكت عنه أبو داود .ولكن يوجد في إسناده رجل مجهول ،وهو" مولى لقريش" ومن أجله ضعّفه المنذري في تلخيصه ٤٢/٥ .

(٢) لم أجده من حديث أنس . ورواه مالك في الموطّأ ٦١٨/٢، والشافعي في الأم ٤١/٣ ،كلاهما من حديث عمرة بنت عبد الرحمن مرسلا . ووصله الدارقطني -كما في التلخيص الحبير ١٨/٣- عن عمرة عن عائشة . ورواه أحمد أيضا ٦/٧٠،٦٠ ،من طريق عمرة عن عائشة موقوفا بلفظ :" لا تبيعوا ثماركم حتى يبدو صلاحها وتنجو من العاهة " قال الهيثمي في مجمعه (١٠٢/٤) رواه أحمد ورجاله ثقات .
كما رواه ١٦٠/٦ من حديث عمرة عن عائشة مرفوعا أيضا بلفظ :"أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : لا تباع الثمرة حتى تنجو من العاهة " وضعّفه من أجل أبي خارجة.
هذا ، وقد روى من حديث ابن عمر مرفوعا بلفظ :" نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة ،قال عثمان -أحد رواة الحديث- فقلت لعبد الله متى ذاك ؟ قال : حتى تطلع الثريّا "أخرجه الشافعي في الأم ٤١/٣ ،وأحمد ٥٠/٢ ،والبيهقي ٣٠٠/٥ .
وفي النهاية لابن الأثير (٣٢٤/٣):" العاهة : هي الآفة التي تصيب الثمار فتفسدها ."

وقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : " أرأيت لو منع (١) اللّه الثمرة فبم (٢) يأخذ أحدكم مال أخيه ؟" (٣)

فهذه خمسة أحاديث تمنع عن بيع الثمار قبل بدوّ الصلاح ، (٤) وألفاظها وإن كانت مختلفة فمعانيها متفقة ، فيحتمل أن يكون النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال هذه الألفاظ المختلفة (٥) في أزمان مختلفة ، فنقل (٦) كل واحد من الرواة ما سمعه من لفظه ، ويحتمل أن يكون النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال أحد هذه الألفاظ ، فنقل كل واحد من الرواة المعنى (٧) وعبّر عنه بغير ذلك اللفظ . وكان اختلاف الألفاظ من جهة الرواة ، ويجوز عندنا مثل هذا أن يعبّر الراوى عن المعنى) (٧) بغير (٨) اللفظ المسموع إذا كان المعنى جليّا . (٩)

---

(١) ب ، ج : إن منع .

(٢) فبم : أثبته من ج . وفي سائر النسخ : بم .

(٣) هذا جزء من حديث أنس الذى تقدّم في أوّل الباب وقد ورد في المستدرك ٢/ ٣٦ مختصرا أيضا .

(٤) ب : حتى يبدو الصلاح .

(٥) المختلفة : ساقطة من د .

(٦) أثبته من ب . أ ، د : " وينقل " ج : " ينقل " .

(٧) ما بين القوسين تكرر في ب .

(٨) في أ " بعين " والتصويب من باقي النسخ .

(٩) قلت : لا خلاف بين العلماء أنّ المحافظة على ألفاظ الحديث وحروفه أمر حسن مرغوب فيه . وكذلك اتفقوا على أنّ الراوى إذا لم يكن عالما بالألفاظ ومدلولاتها ومقاصدها ، ولا خبيرا بما يحيل معانيها ، ولا بصيرا بمقدار التفاوت بينها ، لم تجز له رواية ما سمعه بالمعنى ، بل يجب أن يحكى اللفظ الذى سمعه من غير تصرّف فيه .

===

. . . .

=== ثم اختلفوا في جواز الرواية بالمعنى للعالم العارف الخبير. فمنعها أيضا كثير من العلماء بالحديث والفقه والأصول ، منهم ابن سيرين ، وأبو بكر الرازى من الحنفية ، وروى عن ابن عمر أيضا.

وبعضهم قيّد المنع بالأحاديث المرفوعة ، وأجازها فيما سواها ، وهو محكى عن الإمام مالك.

وبعضهم قال بجوازها إذا نسى اللفظ وتذكّر المعنى ؛ لأنه وجب عليه التبليغ ، وقد تحمّل اللفظ والمعنى وعجز عن أحدهما ، فيلزمه أداء الآخر.

وقيل : عكسه ، وهو الجواز لمن يحفظ اللفظ ليتمكّن من التصرّف فيه ، دون من نسيه.

وقيل - وهو قول ابن العربي - بجواز ذلك للصحابة دون غيرهم ؛ لأنّ الصحابة اجتمع فيهم أمران : الفصاحة والبلاغة بالجِبِلَّة والسليقة . ومشاهدة أفعال النبي صلّى الله عليه وسلّم وسماع أقواله ، فأفادتهم المشاهدة عقل المعنى جملة واستيفاء القصد كله.

وليس من أخبر كمن عاين.

وذهب جمهور السلف والخلف منهم الأئمة الأربعة الى جواز الرواية بالمعنى للعالم الخبير إذا أدّى معنى اللفظ الذى بلغه.

وهذا هو المذهب الصحيح ، لأنّ ذلك هو الذى تشهد به أحوال الصحابة والسلف الأولين ، فانهم كانوا كثيرا ما ينقلون معنى واحدا بألفاظ مختلفة . وما ذلك إلّا لأنّ مِعْولهم كان على المعنى دون اللفظ.

ولأنه يجوز بالإجماع شرح الشريعة وتبليغها للعجم بلسانهم للعارف به . فاذا جاز الإبدال بلغة أخرى ، فجوازه بالعربية أحرى.

وهذا الخلاف إنما هو في غير الأحاديث التي تتعلق بالعقائد كذات الله وصفاته ، والأحاديث التي يُتعبّد بها ، كالأدعية المأثورة والأذكار المسنونة . والأحاديث التي تشتمل على جوامع الكلم ، فان هذه كلّها تؤدّى بلفظها دون معناها . انظر في

===

وأمّا القسم الثاني : وهو أن تباع بشرط القطع [1] ،فالبيع جائز، [2] لانّه لمّا منع من بيعها لانْ تنجو من العاهة وأن لا تعطب ، فيأخذ الرجل ملك أخيه . وكان اشتراط قطعها يؤمن معه عطبها [3] وحدوث العاهة بها صحّ البيع . فلو سمح البائع بعد اشتراط القطع على المشترى بترك الثمرة الى بدوّ الصلاح جاز لصحة العقد ،ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك .

وأمّا القسم الثالث : وهو أن تباع بيعا مطلقا ،لا يشترط فيه التبقية والترك ،ولا يشترط فيه القطع ،فمذهب الشافعي [4] رحمه اللّه أنّ البيع باطل .

=== هذا الموضوع :
الرسالة ص٢٧٠ ومابعدها ،والبرهان ٦٥٥/١ ،وعلوم الحديث لابن الصلاح ص١٩٠ ،والكفاية للخطيب ص٢٦٥ ،وفتح المغيث ٢١٢/٢ ،والتدريب للسيوطي ٩٨/٢ ،وكتاب الوسيط في علوم مصطلح الحديث لابي شهبة ص١٤٤.

(١) قال النووى في روضته (٥٤٤/٣) : وإنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به كالحصرم واللوز ونحوهما . فأمّا ما لا منفعة فيه كالجوز والكمثرى فلا يصحّ بيعه بشرط القطع أيضا .

(٢) ذكر الإجماع على جوازه ابن حزم في المحلّى ٤٢٥/٥ ،وابن رشد في البداية ١٢٤/٢ ونقلا عن الثورى وابن أبي ليلى منع ذلك . قال ابن رشد : "وهي رواية ضعيفة" وابن قدامة في المغني ٦٣/٤ ،والرافعي في الفتح ٦١/٩ .

(٣) العَطَب : الهلاك ،وبابه طرب . كما في المختار ص٤٣٩ .

(٤) قلت : وهو مذهب مالك وأحمد وجمهور أهل العلم أيضا .
انظر في مذهب الشافعي : التنبيه ص٦٦ ،والمهذّب ٢٨٨/١ ،
===

وقال أبوحنيفة (١) : البيع جائز ،ويؤخذ المشترى بقطعها في الحال بناء على أصله في أنّ إطلاق العقد يقتضي تعجيل القطع ،لأنّ من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير ،والتسليم لا يتمّ إلاّ بالقطع . وإذا كان إطلاق العقد فيها يقتضي تعجيل قطعها ،ثم ثبت أنهما لو شرطا تعجيل القطع صحّ العقد ،فكذا مع إطلاق العقد المقتضي تعجيل القطع .

قال : ولأنّ العقد إذا أمكن حمله على وجه يصحّ ،لم يجز أن يحمل على وجه الفساد . فوجب أن يحمل إطلاق العقد على القطع ليصحّ . ولا يحمل على التبقية ليفسد .

ولأنها ثمرة لم يشترط تركها فجاز بيعها ،كالمشروط قطعها .

ولأنّ كل ثمرة / جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها على الإطلاق ، ٨٧/أ
كالبادية الصلاح .

ودليلنا : ما رويناه من الأحاديث الخمسة باختلاف ألفاظها واتفاق معانيها أنّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .
فكان الاستدلال بها من وجهين :

=== والفتح ٦١/٩ ، والروضة ٥٥٣/٣ ،والتكملة ٤١٢/١١ ،والمغني ٨٨/٢ ،والنهاية ١٤٦/٤ ،وشرح المحلّى ٢٣٣/٢ .
وفي مذهب مالك : البداية ١٢٤/٢ ونسبه الى الليث أيضا . والقوانين ص٢٨٧ وحكى قولين عن مالك . والخرشي ١٨٥/٥ .
وفي مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٦٣/٤ ،والإفصاح ٢٢١/١ ، والكشّاف ٢٦٩/٣ .

(١) انظر: الهداية مع الفتح ٢٨٧/٦ ،وبدائع الصنائع ٢٩٩٦/٦ ، والبحر الرائق ٣٢٤/٥ ،والتبيين ١٢/٤ ،والفتاوى الهندية ١٠٦/٣ ،والدرّ مع الردّ ٥٥٤/٤ .

أحدهما : أنّ النهي توجّه إلى المعهود من البياعات. والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط ،فصار النهي بالعرف متوجهـا الى البيع المطلق دون المقيّد .

والاستدلال الثاني منه : أنّ النهي لا يخلو من أن يتوجّه إلى بيعها بشرط القطع ،أو على شرط الترك ،أو على الإطلاق . فلم يجـز أن يحمل على شرط القطع لجوازه إجماعا . ولا على شرط الترك لأنّ النهي ورد مطلقا . فثبت أنه محمول على البيع المطلق .

ولأنّ إطلاق العقد يقتضي التبقية والترك ،لأنّ العرف في القبض يجرى مجرى الشرط . والعرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجداد ،فصـار المطلق كالمشروط تركه . ثم ثبت أنّ اشتـراط تركها مبطل للبيع ،فكـذا إطلاق عقدها الذى يجرى بالعرف مجرى اشتراط تركها ،يجب أن يكون مبطلا للبيع .

ولأنها ثمرة لم يبد صلاحها ، فوجب أن لا يصحّ إفراد بيعها من غير اشتراط قطعها قياسا على بيعها بشرط الترك .

وأمّا الجواب عمّا ذكروه من أنّ إطلاق عقدها يقتضي تعجيـل قطعها ، فهو أنها دعوى يخالف فيها . وليس التسليم بالقطع والتحويل ،وانما هو برفع اليد والتمكين .

وأمّا حمله على وجه الصحة فغيـر مسلّم ،وانما يحمل على ما يقتضيه إطلاقه ،ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد .

وأمّا قياسه على المشروط قطعه فلا يصحّ ،لأنّ المطلق يقتضـي الترك ،فبطل . والمشروط قطعه لا يقتضي الترك ،فصحّ .

وأمّا قياسه على ما بدا صلاحه فلا يصحّ من وجهين :

أحدهما : أنه يرفع النصّ فكان مطّرحا .

والثاني : أنّ ما بدا صلاحه قد نجا من العاهة وجاز بيعـه بشرط الترك ،فلذلك جاز مطلقا . وليس كذلك ما لم يبد صلاحه .

- فصـــل -

وأمّا إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها ، وهو يملك نخلها التي هي عليه ببيع متقدّم ، أو هبة ، أو وصيّة ، فهل يلزم اشتراط القطع في ابتياعها ؟ على وجهين :[1]

أحدهما : يلزم . فان لم يشترط / فيها القطع فسد البيع ، لأنّها ثمرة قد أفردت بعقد البيع . ٨٧/ب

والوجه الثاني : أنّ اشتراط قطعها لا يلزم ، لأنّها تصير تبعا للنخل في الملك ، كما لو اشتراها مع النخل . فهذا هو[2] الكـــلام فيما لم يبد صلاحه .

- فصـــل -

وأمّا ما بدا صلاحه من الثمار فلا يخلو بيعها[3] من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تباع بشرط القطع ، فيجوز بيعها إجماعا .[4]

والقسم الثاني : أن تباع بشرط الترك الى وقت الجداد . فيجوز بيعها ولم يلزم تركها .[5]

---

(١) أصحّها عند الجمهور هو الوجه الأول ، لشمول الخبر والمعنى ، فانّ المبيع هو الثمرة ، ولو تلفت لم يبق في مقابلة الثمر شيء ، ولكن يجوز له الإبقاء ولا يلزمه الوفاء بالشرط ههنا إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره من أشجاره . انظر : الفتح ٩/ ٦٥ ، والروضة ٣/ ٥٥٤ .

(٢) هو : لا يوجد في ب ، ج ، د .

(٣) أثبته من ب ، وفي سائر النسخ : بيعه .

(٤) نقل الإجماع عليه السبكي في التكملة ١١/ ٤٣٤ ، والموّاق في التاج والإكليل ٤/ ٥٠٠ .

(٥) أنظر : تكملة السبكي ١١/ ٤٣٤ وفيها : " وبه قال محمّد بن الحسن ،

===

وقال أبو حنيفة[1] : بيعها باطل احتجاجا بأنها عين بيعت بشرط تأخير القبض ، فوجب أن يكون بيعها باطلا كالعروض والأمتعة.

ولأنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها باطلا ، كالثمرة التي لم يبد صلاحها .

ودليلنا : نهيه صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الثمرة[2] حتى يبدو صلاحها . فجعل غاية النهي بدوّ الصلاح ، والحكم بعد الغاية يجب[3] أن يكون مخالفا لما قبلها . فلمّا لم يجز اشتراط الترك قبل بدوّ الصلاح ، اقتضى أن يكون اشتراطه بعد بدوّ الصلاح جائزا.[4]

ولأنّ الشرط إذا كان موافقا للعرف لم يقدح في صحة العقد ، وقد ذكرنا أنّ العرف في الثمار تركها الى وقت الجداد ، وهذا لا يفسد العقد ، وكذا ما وافقه من الشرط .

وأمّا الجواب عمّا ذكره[5] من أنه مبيع شرط فيه تأخير القبض فمن وجهين :

أحدهما : أنّ القبض لم يتأخّر ، لأنّ القبض في الثمار بالتمكين[6] منها كالعقار .

=== ومالك وأحمد ، وداود " ورحمة الأمة ص ١٣٩.
وراجع في مذهب مالك: البداية ١٢٥/٢ ، وفي مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٦٧/٤ ، والإفصاح ٢٢١/١ . وفي مذهب محمد: المراجع الآتية .

(١) وبه قال أبو يوسف أيضا . انظر : البدائع ٢٩٩٦/٦ ، والهداية مع الفتح ٢٨٧/٦ ، والتبيين ١٢/٤ ، والبحر الرائق ٣٢٧/٥ ، والدرّ مع الرّد ٥٥٦/٤.

(٢) ب ، ج ، الثمار .

(٣) أ ، د : " وجب " والمثبت من ب ، ج .

(٤) جائزا : ساقط من ب ، ج .

(٥) أثبته من ب. وفي سائر النسخ : " ذكروه " ويأباه السياق.

(٦) أثبته من ب. وفي سائر النسخ :" التمكين " بدون الباء.

والثاني : أنه لمّا كان العرف في الثمار تأخير قبضها ، جاز اشتراطه فيها . ولمّا لم يجز العرف في العروض بتأخير قبضها ، لم يجز اشتراطه فيها .

وأمّا قياسه على ما لم يبد صلاحه فلا يصحّ ، لأنّ السنة قد فرّقت بينهما في الجواز والمنع . فهذا حكم القسم الثاني .

وأما القسم الثالث : وهو أن يبيعها مطلقا ، فالبيع جائز ، وللمشترى تركها الى وقت الجداد .(١)

وقال أبو حنيفة(٢) : بيعها جائز ، وعلى المشترى قطعها في الحال ، بناء على أصله في أنّ إطلاق العقد يقتضي القطع . واطلاقه عندنا يقتضي الترك . وقد تقدّم القول فيه اعتبارا بالعرف . والله أعلم .(٣)

- مسألة -

قال الشافعي : (وإذا أذن النبيّ(٤) صلّى الله عليه وسلّم في بيعه إذا صار أحمر أو أصفر ، فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج واستطيع أكله ، / خارجا من أن يكون كله بلحا . وصار عامّته في تلك الحال ٨٨/أ يمتنع(٥) في الظاهر من العاهة ، لغلظ نواه(٦) في عامّة بسره .)(٧)

---

(١) وهذا مذهب جمهور الفقهاء مالك ، والشافعي وأحمد وغيرهم .
انظر : بداية المجتهد ١٢٥/٢ ، والمغني لابن قدامة ٦٧/٤ ، ورحمة الأمة ص ١٣٩ .

(٢) انظر : البدائع ٢٩٩٦/٦ ، وفتح القدير ٢٨٧/٦ ، والتبيين ١٢/٤ والبحر الرائق ٣٢٧/٥ ، والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٥٥٦/٤ .

(٣) انظر في تفريعات هذا الفصل : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذّب ٢٨٨/١ ، والفتح ٦٠/٩ ، والروضة ٥٩٣/٣ ، والتكملة ٤٣٤/١١ ، والمغني ٨٨/٢ ، والنهاية ١٤٥/٤ ، وشرح المحلّى ٢٣٣/٢ .

(٤) م : بدون " النبي " .

(٥) هكذا في م . وفي أ ، ب غير منقوط ، ج : تمتنع ، د : " تمنع " .

(٦) م : نواته .

(٧) انظر : مختصر المزني ١٦٨/٢ ، والأم ٤٢/٣ .

قد ذكرنا أن بدوّ الصلاح شرط في جواز البيع من غير اشتراط القطع. وقد اختلف الناس في بدوّ الصلاح. فروى عن ابن عمر (١) أنّ بدوّ الصلاح في الثمار بطلوع الثريّا (٢). وحكى عن عطاء (٣): أنّ بدوّ الصلاح بأن يوجد في الثمرة ما يؤكل. وحكى عن النخعي (٤): أنّ بدوّ الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها.

ومذهب الشافعي (٥): أنّ بدوّ الصلاح يختلف باختلاف الأجناس.

---

(١) نسبه إليه الشافعي في الأم ٤١/٣، وأحمد في مسنده ٥٠/٢، والبيهقي في سننه ٣٠٠/٥. ونسبه مالك في الموطأ ٦١٩/٢ الى زيد بن ثابت أيضا.

(٢) الثريّا: النجم المعروف. قال في سبل السلام (٤٧/٣): "والمراد طلوعها صباحا، وهو أوّل فصل الصيف، وذلك عند اشتداد الحرّ ببلاد الحجاز، وابتداء نضج الثمار، وهو المعتبر حقيقة. وطلوع الثريّا علامة".

(٣) نسبه إليه في: الأم ٤١/٣، والمغني لابن قدامة ٦٩/٤، والتكملة ٤٤٠/١١ وقد نسبه الأخيران إلى ابن عمر وابن عبّاس أيضا.

(٤) نسبه اليه السبكي في تكملته ٤٤٠/١١ وقال بعد أن حكى قولي عطاء وابن عمر: "وعندي أن ذلك ليس باختلاف محقّق يرجع الى معنى. وكأنّ ابن عمر أطلق طلوع الثريّا، لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم في ذلك الوقت. فتباين الألفاظ عن العلماء في ذلك لا ينبغي أن يعتمد عليه في إثبات اختلاف".

(٥) أنظر في مذهبه: التنبيه ص ٦٦، والمهذّب ٢٨٨/١، والفتح ٧٢/٩، والروضة ٥٥٥/٣، والتكملة ٤٤٠/١١ وفيها: "ومذهبنا: أنّ بدوّ الصلاح يرجع إلى تغيّر صفة في الثمرة. وذلك يختلف باختلاف الأجناس. وهو على اختلافه راجع إلى شيء واحد مشترك بينهما، وهو طيب الأكل. وفي ذلك جمع بين حديثي أنس وجابر. فان حديث أنس اعتبر الاشتداد

===

فبدوّ الصلاح في ثمار (١) النخل بالاحمرار والاصفرار . وفي الكرم بالتموّه، (٢) الى الحمرة أو السواد (٣) . استدلالا بما روى عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهى . قيل : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمرّ أو تصفرّ (٤) .

وأمّا اعتباره بطلوع الثريّا فلا يصح ؛ لأنّ من البلاد ما يتعجّل طلوع الثريّا فيه ، ويتأخّر (٥) صلاح ثمره . ومنها ما يتأخّر طلوع الثريّا فيه ، ويتعجّل صلاح ثمره (٦) . ولأنّ البلد الواحد قد يتعجّل صلاح ثماره في عام لاشتداد الحرّ ودوامه ، ويتأخّر في عام آخر لاشتداد البرد ودوامه . وطلوع الثُريّا لا يختلف بالحرّ والبرد .

=== في الحبّ ، والاسوداد في العنب ، والزهو في الثمرة . وحديث جابر دلّ على اعتبار الطعم في الثمرة ، وهي تشمل العنب وغيره . فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه . فلذلك قال في الحديث : حتى تطيب ".

(١) ثمار : ساقطة من ج .

(٢) ج : بالثمرة ، وهو تصحيف . وفي مغني المحتاج ٢/ ٩١ نقل عن الصغاني : تموّه ثمر النخل والعنب : إذا امتلأ ماء وتهيّأ للنضج .

(٣) قلت : وهو مذهب مالك وأحمد وجمهور أهل العلم . وعند الحنفية بدوّ الصلاح أن تأمن العاهة والفساد . أنظر : بداية المجتهد ٢/ ١٢٦ ، والمغني لابن قدامة ٤/ ٦٩ ، وفتح القدير ٦/ ٢٨٧ ،

(٤) تقدّم تخريجه في ص : ٦٤٨ ، هامش (٣) .

(٥) أثبته من ب ، ج . أ ، د : ويستأخر .

(٦) ب : ثماره .

وأمّا من اعتبره بوجود ما يؤكل منه فليس بصحيح [١] ،لأنّ ثمار النخل قد تؤكل طلعا ،ثم تؤكل بلحا وخلالا [٢] . والكرم قد يؤكل حصرما [٣] ،ولا يكون ذلك صلاحا .

وأمّا من اعتبره بالقوّة والاشتداد فغالط ،لأنّ قوة الثمار قبل صلاحها ،واذا صلحت لانت ونضجت.

- فصل -

وإذا ثبت أنّ بدوّ الصلاح بما ذكرنا . فبدا صلاح نخلة من حائط ،كان بدوّ الصلاح جاريا على جميع نخل الحائط . ولا يجوز بيع غيره من ثمار البلد الذى لم يبد صلاحها ،ولا بيع ما في الحائط من غير ثمار النخل التي لم يبد صلاحها [٤].

وقال مالك [٥] : إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع ثمار البلد كله.

---

(١) ب : فلا يصحّ .

(٢) في كل النسخ "حلالا" والصواب ما أثبته . و "الخلال" يكون بعد الطلع وقبل البلح .

(٣) الحِصْرِم : أول العنب ما دام حامضا . وقيل : حصرم كل شيء حشفه . ومنه قيل للبخيل حصرم. أنظر: المصباح ص١٣٩.

(٤) انظر المهذّب ٢٨٨/١ ،والتنبيه ص ٦٦ ،والفتح ٧٠/٩ ، والروضة ٥٥٥/٣ ،والتكملة ٤٥١/١١ ،ومغني المحتاج ٩١/٢ ، ورحمة الأمة ص١٣٩: وبه قال أحمد .
راجع في مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٦٧/٤ ،والمقنع ص ١١٢ ،والكشّاف ٢٧٤/٣ ،والإفصاح ٢٢٢/١ ، وفيه : "وعنه كمذهب مالك".

(٥) أنظر : المنتقى للباجي ٢١٩/٤ ،والقوانين ص٢٨٧ ،والمواهب ٥٠٠/٤ ، والبداية ١٢٦/٢ وفيها :" وعند مالك إذا بدا الطيب

===

وقال الليث بن سعد[1] : إذا بدا صلاح جنس من ثمار الحائط ، جاز بيع جميع أجناس الثمار التي في الحائط ، حتى إذا بدا صلاح النخل جاز بيع الكرم والفواكه.

واستدلّ مالك بأنه لمّا كان صلاح نخلة من حائط كصلاح جميع الحائط ، لتقارب بعضه من بعض . وجب أن يكون صلاح / نخل ٨٨/ب حائط من بلد كصلاح جميع نخل البلد ، لتقارب بعضه من بعض ، لأنّ الهواء ليس يختلف فيه .

واستدلّ الليث بن سعد بأنه لمّا لم يُمَيَّز الجنس الواحد في الصلاح خوفا من سوء المشاركة واختلاف الأيدى ، لم تُمَيَّز الأجناس المختلفة في الصلاح حجاجا وخوفا من سوء المشاركة باختلاف الأيدى .

والدلالة عليهما ما روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة[2] . والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها .

ثم يقال لمالك : إنما جاز في الحائط الواحد إذا بدا صلاح بعضه ، لأنه يتساوى في الغالب في السقي والعمارة التي يتعجّل الصلاح بها ويتأخّر[3] بعدمها . وثمار البلد كله لا يتساوى في العمارة والسقي ،

=== في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد ".

ومختصر خليل مع الخرشي ٥/١٨٥ وفيه : " وبدوّه في بعض حائط كاف في جنسه إن لم تبكّر " قال العدوى : " أى بأن تسبق بالزمن الطويل الذى لا يحصل معه تتابع الطيب لمرض .

(١) نسبه اليه في المنتقى ٤/٢٢٠ ، والتكملة ١١/٤٥١ ، ورحمة الأمة ص١٣٩ ، والبداية ٢/١٢٦ ، وفيها : أى ولو كانت هذه الأجناس مختلفة الطيب ".

(٢) تقدّم تخريجه في ص : ٦٥٠ ، هامش (٢) .

(٣) أثبته من ج ، وفي سائر النسخ : ويستأخر.

بل تختلف ،فاختلف لذلك زمان صلاحها .

ويقال لليث بن سعد : إنما جاز في الجنس الواحد إذا بدا صلاح بعضه ،لما يلحق من المشقّة في تمييزه . ولم يجز في الأجناس المختلفة لارتفاع المشقّة في تمييزها .

- فصل -

فاذا تقرّر ما وصفنا اعتبرت بدوّ الصلاح في ضمّ (١) بعض الثمار الى بعض بما اعتبرت به التأبير في ضمّ بعضها إلى بعض . فاذا بدا صلاح نوع من أنواع النخل هل يكون صلاحا لجميع ما في الحائط من أنواع النخل ؟ على وجهين . (٢)

وإذا بدا صلاح بعض الحائط ،فأفرد بالعقد (٣) ما لم يبد صلاحه ، كان على وجهين . (٤)

---

(١) ج : "في ضمن" وهو تصحيف .

(٢) أصحّهما : التبعية وأنه لا أثر لاختلاف النوع . وبه جزم البندنيجي ،وهو الذى نصّ عليه الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الإملاء . أنظر : الفتح ٩/ ٧٠ ،والروضة ٣/ ٥٥٥ ، والتكلمة ١١/ ٤٥١ .

(٣) ب : فافردنا العقد .

(٤) وقيل : على قولين . أحدهما : يجوز ،لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح ،فجاز إفراده بالبيع . والثاني - وهو الأصحّ - : لا يجوز ،لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح . وما أجيز بيعه تبعا لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل . انظر : المهذّب ١/ ٢٨٨ ، مع المراجع السابقة .

ولو كان له حائطان فبدا صلاح أحدهما دون الآخر، فباعهما معا في عقد واحد، لزم اشتراط القطع فيما لم يبد صلاحه دون الآخر. وإن باعهما على الإطلاق بطل البيع فيما لم يبد صلاحه (١). وفي بطلان البيع فيما بدا صلاحه قولان (٢) من تفريق الصفقة.

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله: (٣) (وكذلك كل ثمرة من أصل يرى فيه (٤) أول النضج لاكمام عليها. وللخربز نضج كنضج الرطب. فاذا رؤى (٥) ذلك فيه حلّ بيع خربزه. والقثّاء يؤكل صغارا طيّبا. فبدوّ صلاحه أن يتناهى عظمه، أو عظم بعضه (٦)، ثم يترك حتى تتلاحق صغاره بكباره).

إعلم أنّ بدوّ الصلاح قد يختلف بحسب اختلاف الثمار. وجملتها أنها على ثمانية أقسام:

أحدها: ما يكون بدو الصلاح فيه باللون. وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار. وفي الكرم بالحمرة والسواد، والصفاء والبياض. وأمّا / الفواكه المتلوّنة، فمنها (٧) ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش. ٨٩/أ

---

(١) هذا هو الصحيح المشهور من المذهب الذى جزم به القاضي أبوالطيّب وجميع العراقيين. وهو ظاهر نصّ الشافعي في الأمّ. ومال إمام الحرمين إلى خلاف ذلك، لا سيّما إذا لم يتباعد الحائطان وليس بينهما الأجدار. وذكر الإمام الغزالي في المسألة وجهين. راجع الأم ٣/٣٥، والفتح ٩/٧٠، والروضة ٣/٥٥٥، والتكملة ١١/٤٥٥.

(٢) أنظر: التكملة ١١/٤٥٦.

(٣) د: رضي الله عنه.

(٤) د: "بدى فيه".

(٥) من م، وفي النسخ: "فاذا رأى".

(٦) أنظر: مختصر المزني ٢/١٦٨، والأم ٣/٤٢.

(٧) ج: "فمنه" وهو خطأ.

ومنها ما يكون بالحمرة كالعُنّاب . ومنها ما يكون بالسواد كالإجّاص.[١]
ومنها ما يكون بالبياض كالتفّاح.[٢]

والقسم الثاني : ما يكون بدوّ صلاحه بالطعم . فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر. ومنه ما يكون بالحموضة كالرمّان ،فإذا زالت عنه المرارة بالحلاوة أو الحموضة فقد بدا صلاحه.

والقسم الثالث : ما يكون بدوّ صلاحه بالنضج واللين ،كالتين ، والبطّيخ فاذا لانت صلابته فقد بدا صلاحه.[٣]

والقسم الرابع : ما يكون بدوّ صلاحه بالقوّة والاشتداد ، كالبـرّ والشعير ،فإذا بدت قوته واشتداده فقد بدا صلاحه.

والقسم الخامس : ما يكون بدوّ صلاحه بالطول والامتلاء ،كالعلف والبقول والقصب . فإذا تناهى طوله وامتلاؤه الى الحدّ الذى يُجَزُّ عليه فقد بدا صلاحه.

والقسم السادس : ما يكون بدوّ صلاحه[٤] بالعظم والكبر ،كالقثّاء والخيار والباذنجان.

---

(١) الإجّاص : بتشديد الجيم ،فاكهة معروفة ،تسهّل الصفراء ، وتسكّن العطش وحرارة القلب . وهو المشمش والكمثرى بلغة الشاميين ،وهو دخيل ،لأنّ الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة واحدة في كلام العرب ،والواحدة : إجّاصة . انظر : القاموس ٢ / ٣٠٦ ،واللسان ٣/٧ ،والمختار ص ٧.

(٢) قال السبكي : ومحلّ ذلك فيما يتلوّن عند الإدراك بلون يخالف اللون السابق . ويوجد نوع من التفّاح يكون أخضر في حال كماله كما يكون في صغره. فبدوّ الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته ، التكملة ١١/ ٤٤٢.

(٣) قال السبكي في تكملته ٤٤٢/١١ : " وهذا معنى قول غيرالماوردى طيب (الأكل) أو الحلاوة . فالعبارات الثلاث متقاربة ،فان ذلك يحصل في وقت واحد ".

(٤) ما يكون بدوّ صلاحه : ساقط من ب.

قال الشافعي رحمه الله [١] : "والقِثّاء يؤكل صفارًا طيّباً" يريد أنه يخالف بقيّة [٢] الثمار كلها التي لا يطيب أكلها [٣] إلّا بعد بدوّ صلاحها ،والقثّاء يطيب أكله صفارا قبل بدوّ صلاحه، ولا يكون استطابة أكله صلاحا له [٤] حتى يتناهى كبره وعظمه ،لأنه عند كبره ينجو من العاهة.

فلا وجه [٥] لانكار محمّد بن داود [٦] على الشافعي قوله : "إنّ القثّاء يؤكل صفارا طيّبا" أنّ ذلك إخبار عن المحسوسات، لما بيّناه من قصد الشافعي به.

---

(١) ب : بدون "رحمه الله".

(٢) بقيّة : ساقطة من ب.

(٣) د : "كلها" أي بسقوط حرف الهمزة .

(٤) له : ساقط من أ ،د . وأثبته من ب ،ج.

(٥) د : "ولا وجه" ويأباه السياق .

(٦) هو محمّد بن داود بن علي بن خلف الظاهرى أبو بكر. أديب مناظر شاعر . أصله من أصبهان . ولد وعاش ببغداد . وتوفّي بها مقتولا . وهو ابن الإمام داود الظاهرى الذى ينسب إليه المذهب الظاهرى . وخلف أباه في حلقته . وله من الكتب الفقهية : كتاب الإنذار ،وكتاب الأعذار ،وكتاب الانتصار من أبي جعفر الطبرى ،وغيرها . توفى سنة ٢٩٧ هـ وله ٤٢ سنة . انظر ترجمته في :
الفهرست ص ٣٠٥ ، وطبقات الشيرازى ص ١٧٥ ،وتاريخ بغداد ٢٥٦/٥ ،والبداية والنهاية ١١٠/١١ ،والمنتظم ٩٣/٦ ، والنجوم الزاهرة ١٧١/٣ .

والقسم السابع : ما يكون بدوّ صلاحه بانشقاق كمامه ،كالقطن والجوز . فاذا تشقّق جوز القطن ،وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل ، فقد بدا صلاحه.

والقسم الثامن : ما يكون بدوّ صلاحه بانفتاحه وانتشاره ،كالورد والنيلوفر . فاذا انفتح المنضمّ منه وانتشر فقد بدا صلاحه. وورق التوت بدوّ صلاحه أن يصير كأرجل البطّ . هكذا قال عطاء والنخعي .

وجملة القول في بدوّ الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال كمالها فتنجو من العاهة.

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله [١] : (ولا وجه لمن قال : يجوز إذا بدا صلاحهما [٢] ،ويكون لمشتريهما [٣] ما ينبت [٤] أصلهما أن يأخذ كل ما خرج منهما.

وهذا محرّم . وكيف لم يجز بيع القثّاء والخربز حتى يبدو صلاحهما! كما لم يحلّ بيع الثمرة / حتى يبدو صلاحها [٥] ، ويحلّ بيع [٦] ما لم ير ولم يخلق منهما [٧] ! وهذا محرّم . [٨]) الفصل كله [٩] ٨٩/ب

---

(١) د : رضي الله عنه.

(٢) أ ،د : " صلاحها " والتصويب من ب ،ج ،م.

(٣) أ ،د : " لمشتريها " والتصويب من ب ،ج ،م.

(٤) ما ينبت : أثبته من الأم. وفي ج ،م : " نبت " وفي سائر النسخ : " ثبت " .

(٥) م : " صلاحه " وهو خطأ .

(٦) بيع : ساقط من م.

(٧) أ ،ب ،د : " منها " والمثبت من ج ،م.

(٨) وهذا محرّم : لا يوجد في م.

(٩) أنظر : مختصر المزني ١٦٩/٢ وتمامه : " ولو جاز لبدوّ صلاحهما

===

إذا بدا صلاح ما خرج من القثّاء والبطّيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق، ووجب إفراد العقد بالموجود.(١)

وقال مالك(٢): يجوز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق استدلالاً بأنّ شروط العقد معتبرة بالضرورة. فبيوع(٣) العروض لا يجوز قبل وجودها لارتفاع الضرورة، وامكان بيعها بعد وجودها. والإجارة هي بيوع المنافع قبل وجودها لوجود الضرورة، وتعذّر بيعها بعد وجودها. فلمّا كان ما لم يخلق من القثّاء والبطّيخ يتعذّر بيعه إذا خلق، لاختلاطه بالأوّل، دعت الضرورة الى بيعه قبل أن يخلق تبعا لما خلق.

قال: ولأنه لمّا كان ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه في البيع، جاز أن يكون ما لم يخلق تبعا لما خلق في البيع.

=== شراء ما لم يخلق منهما لجاز لبدوّ صلاح ثمر النخل شراء ما لم يحمل النخل سنتين، وقد نهى النبي صلّى الله عليه وسلّم عن بيع السنين" والأمّ ٣/٤٢.

(١) وبه قال أبو حنيفة وأحمد والجمهور. أنظر: فتح القدير ٦/٢٩١، والمغني لابن قدامة ٤/٧٠، والإفصاح ١/٢٢٢، وتكملة السبكي ١١/٤٤٥، ورحمة الأمة ص ١٣٩، والميزان ٢/٥٥.

(٢) أنظر في مذهبه: المنتقى ٤/٢٢٢، والزرقاني ٣/٢٦١، والقوانين ص ٢٨٧ وفيها: "واذا كانت الثمرة تطعم بطنا بعد بطن، جاز بيع سائر البطون ببدء صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقاثي والتين، خلافا لهم. فان كانت منفصلة لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقا" والخرشي ٥/١٨٦، والتاج والإكليل مع الحطّاب ٤/٥٠١ والشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٢٣٧.
قلت: وبه قال الحلواني والإمام الفضلي من الحنفية، واستحسنه شمس الأئمة السرخسي لتعامل الناس به. كما في فتح القدير ٦/٢٩١.

(٣) جـ: "بنوع" وهو تصحيف.

قال : ولأنه لمّا جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا تتميّز كالطول والكبر، جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميّز[1]، لأنهما جميعا بيع ما لم يخلق.[2]

ودليلنا : نهيه صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر . وهذا البيع من أعظم الغرر، لأنه يتردّد بين الوجود والعدم، وبين القلة والكثرة، وبين الرداءة والجودة .

ولأنّ النخل أثبت من البطّيخ أصلا . وحمله أقلّ من البطّيخ خطرا.[3] فلمّا لم يجز بيع ما لم يخلق من ثمر النخل تبعا لما خلق، فأولى أن لا يجوز بيع ما لم يخلق من البطّيخ تبعا لما خلق.

وتحريره قياسا : أنها ثمرة لا يجوز إفرادها بالعقد، فوجب إذا لم تدخل في البيع بغير شرط أن لا تدخل فيه بالشرط كالنخل.

ولأنه لمّا لم يجز بيع ما لم يبد صلاحه مع وجوده وقلة غرره، فبيع ما لم يخلق أولى أن لا يجوز مع عدمه وكثرة غرره .

وأمّا الجواب عن استدلاله بالضرورة الداعية اليه، فدعوى يدفعها العيان، لأنه يقدر على أخذ ما خلق، وبيعه حالا بعد حال . ولا يقدر على مثل هذا في الإجارة . ويمكنه بيع ما خلق، والمسامحة[4] بما لم يخلق.

وأمّا استدلاله بأنه لمّا كان ما لم يبد صلاحه[5] تبعا لما بدا صلاحه كذلك ما لم يخلق يكون تبعا لما خلق . فالجواب عنه أنّ ما لم يبد صلاحه لمّا جاز إفراده بالعقد، جاز أن يُضَمّ في العقد الى غيره

---

(١) من ب . وفي باقي النسخ : " التي لا تتميّز " ويأباه السياق.
(٢) من ب، جـ . وفي أ، د : " جميعا تبعا لما لم يخلق " وهو خطأ .
(٣) ب : " حصرا " وهو تصحيف.
(٤) ب، ج : والسماحة .
(٥) ب : " صلاحها " وهو خطأ .

وما لم يخلق لمّا لم يجز إفراده في العقد ،لم يجز أن يُضَمّ في العقد إلى غيره .

وأمّا استدلاله بالزيادة المتصلة فغيرصحيح ؛لأنّ الزيادة المتّصلة تحدث / على ملك المشترى . فلذلك دخلت في البيع بغير شرط . ٩٠/أ
ولو شرط خروجها من البيع فسد العقد .[١] والزيادة المنفصلة تحدث[٢] على ملك البائع . ولذلك لم تدخل في البيع من غير[٣] شرط ، فوجب أن يكون اشتراط دخولها في البيع مفسداً[٤] للعقد .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه اللّه : (وكل ثمرة وزرع دونها حائل من قشر أو كمام ،وكانت إذا صارت إلى مالكيها[٥] أخرجوها من قشرها وكمامها بلا فساد[٦] عليها إذا ادّخروها ،فالذى أختار فيها أن لا يجوز بيعها في شجرها ولا موضوعة بالأرض ،للحائل دونها[٧] . وقياس ذلك على شراء لحم شاة مذبوحة عليها جلدها ،للحائل دون لحمها .)[٨]

إعلم أنّ الثمار كلها ضربان : ضرب يكون بارزا[٩] في شجره من غير حائل يمنع من مشاهدته كالتفّاح والمشمش والخوخ والكمثرى ،فبيعه

---

(١) ج : من العقد فسد البيع .
(٢) د : حدثت.
(٣) ب ،ج : بغير .
(٤) من ب . وفي باقي النسخ : "مفسد" وهو خطأ .
(٥) أثبته من الأمّ. أ ،د : "ما يليها" ب ،جـ : " مائكيها" م : "مائكها ".
(٦) أثبته من ب ،م ،وفي سائر النسخ : فلافساد .
(٧) دونها : لا يوجد في م.
(٨) أنظر: مختصر المزني ٢/ ١٧٠ ،والأم ٣/ ٤٤.
(٩) من ب ،جـ . وفي أ ،د : "بارز" وهو خطأ .

إذا بدا صلاحه جائز (١) قائما في شجره وبعد اجتنائه .

وضرب يكون مستورا بقشر وكمام يمنع من مشاهدته . وهو على ضربين : أحدهما : أن يكون مستورا بقشرة واحدة . والثاني : أن يكون مستورا بقشرتين .

فأمّا ما كان مستورا بقشرة واحدة فيتنوّع نوعين : نوع لا يتحفّظ إلّا بقشره ،فاذا أخرج (٢) منه ذهبت رطوبته ،وتغيّر طعمه ،وأسرع فساده ، كالرّمان والباذنجان ،فبيع هذا في قشوره (٣) جائز (٤) ، لما فيه من كمال منفعته ودوام مصلحته .

ونوع يتحفّظ بغير قشره ،كالقطن والسمسم والعدس ،فلا يجوز بيعه في قشره ،لأنه حائل ليس من مصلحته (٥) . كما لو كان مستورا بثوب. فاذا أخرجوه من قشره جاز بيعه .

وأمّا ما كان عليه قشرتان فيتنوّع أيضا نوعين : نوع لا يبتغي في رطبه بقشرتيه نفع ،ولا يؤكل معهما عرفا كالفستق والبندق (٦) والجوز ، فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابسا ولا رطبا (٧) . فاذا زالت عنه القشرة العليا جاز بيعه بالقشرة السفلى التي يدّخر بها ،لأنه (٨) يتحفّظ بها .

---

(١) وذلك باجماع أهل العلم . انظر : المجموع ٩/٣٠٧ .

(٢) أثبته من ج . أ ،د " أخرجت " ب " خرج ".

(٣) د : في قشره.

(٤) جائز بلا خلاف ،انظر المجموع ٩/٣٠٧ .

(٥) ج : من منفعته.

(٦) البندق : الجلّوز ، وقيل : حمله ،واحدته بندقة . انظر : اللسان ١٠/٢٩ .

(٧) وفي قول ضعيف حكاه الخراسانيون يجوز ما دام رطبا والمذهب البطلان مطلقا ،المجموع ٩/٣٠٨ .

(٨) لأنه : ساقط من د .

ونوع يبتغى في رطبه بقشرتيه نفع ويؤكل معهما عرفا ،كالباقلاء والللوز الرطب . فاذا يبس لم يجز بيعه في قشرتيه [١] حتى تزول عنه القشرة العليا فيجوز بيعه في/القشرة السفلى [١] وان كان رطبا في قشرتيه فقد اختلف أصحابنا في جواز بيعه فيهما .

فذهب البصريون من أصحابنا إلى جواز بيعه في قشرتيه [٢] رطبا اعتبارا بكمال نفعه واستطابة أكله . وهو أيضا قول أبي سعيد الإصطخرى [٣].

وذهب البغداديون إلى المنع من بيعه [٤] في قشرتيه رطبا كما يمنع / منه إذا كان يابسا . فهذا شرح مذهبنا فيما كان من الثمار ٩٠/ب مستورا بقشرة أو كمام .

وقال أبو حنيفة [٥] : كل قشرة أو كمام كانت ساترا للثمرة جاز بيعها معه بكل حال ،سواء كان فيه مصلحة أم لا . تعويلا على أنه من أصل الخلقة فجرى مجرى أجزاء الثمرة . وتعلّقا بأنه لمّا جاز بيعه في إحدى قشرتيه وهي مانعة من مشاهدته ، جاز بيعه في قشرتيه ،اذ ليس فيهما أكثر من المنع من مشاهدته ،لأنّ ما كانت رؤيته شرطا لم يقع الفرق

---

(١) قال النووى في المجموع ٩/٣٠٥ : " لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب ،فان جوّزناه جاز . هكذا صرّح به إمام الحرمين والبغوى والجمهور. وحكى المتولي وجها أنه يصحّ وإن منعنا بيع الغائب. وهذا شاذّ ضعيف ،لأنه مستور بما لا يحتاج الى بقائه فيه ، ولا حاجة الى شرائه كذلك . "

(٢) المرجع السابق ،وفيه : " وادّعى إمام الحرمين والغزالي أنه الأصحّ ،لأنّ الشافعي رضي الله عنه أمر أن يشترى له الباقلاء الرطب ".

(٣) ونسبه الرافعي في الفتح (٩/٨٢) الى ابن القاصّ أيضا .

(٤) نصّ عليه الشافعي في الأم (٣/٤٥) وهو الأصحّ عند البغوى وآخرين،وقطع به الشيرازى في التنبيه (ص ٦٦) انظر : المجموع٩/٣٠٥ .

(٥) انظر : الهداية مع الفتح ٦/٢٩٣ ،والكنز مع التبيين ٤/١٢، والبحر الرائق ٥/٣٢٩ . قلت : وهو مذهب مالك : القوانين ص ٢٨٣ ، وكذا مذهب أحمد : المغني لابن قدامة ٤/٧١ ،والإفصاح ١/٢٢٢ .

فيه بين أن يكون مستورا بحائل أو حائلين في بطلان العقد عليه كالعروض المبيعة . وما لم يكن روءيته شرطا لم يقع الفرق فيه بين أن يكون مستورا بحائل أو حائلين في صحّة العقد عليه كالمنكوحة .

ودليلنا : نهيه صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الغرر . وفي بيعه مستورا بقشرة ليست من مصلحته غرر (١) ؛ لأنه يمنع من معرفة جيّده من رديئه (٢) .

ولأنّ ما منع من مشاهدته وليس من مصلحته ، فلا فرق فيه (٣) بين أن يكون من أصل خلقته أو من غير خلقته في بطلان البيع به ، كلحم الشاة المذبوحة في جلدها ، والحنطة في سنبلها (٤) ، والفضّة والذهب في تراب معدنهما (٥) ، فلمّا كانت هذه كلها بيوعا فاسدة ؛ لأنها مستورة بما يمنع من مشاهدتها وإن كانت من خلقة أصلها ، وجب أن يكون حكم الثمار مثلها .

وقد يتحرّر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

أحدهما : أنه مستور بما ليس من مصلحته ، فوجب أن يكون مبطلا لبيعه ، كما لو كان مستورا بثوب .

والثاني : أنه مبيع يبطل بما يستر من غير الخلقة ، فوجب أن يبطل بستر ما لا يصلحه ، وإن كان من أصل الخلقة كاللحم .

وأمّا الجواب عن قوله : " بأنّ القشرة من أجزائه " ففاسد بالجلد هو من أجزاء اللحم ويمنع من جواز البيع ؛ لأنّ المعتبر بروءية الأجزاء المقصودة ، دون ما ليس بمقصود .

---

(١) غرر : ساقط من د .

(٢) ب : وردیئه .

(٣) فيه : ساقط من د .

(٤) ب ، ج : في تبنها .

(٥) أ : " معدنها " والتصويب من باقي النسخ .

وأمّا الجواب عن تعلّقه بأنه مستور باحدى قشرتيه فجاز أن يكون مستورا بالقشرة الأخرى ، فهو[١] أنّ إحدى القشرتين من مصلحته[٢]، وفي روٴيتها تنبيه[٣] على جودته ورداءته (ولا يقتضي ذلك جواز ستره بحائل من ثوب . فكذا بالقشرة العليا[٤] الّتي هي)[٥] بهذا[٦] الحكم[٧].

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولم أجد أحدا من أهل العلم يأخذ عشر الحبوب في كمامها.[٨] ولا يجيز بيع الحنطة بالحنطة في سنبلها . فان قال قائل : أجيز[٩] بيع الحنطة في سنبلها ، / لزمه أن ١٩١/أ يجيزه في تبنها[١٠] ، وفضّة في تراب بالتراب.[١١])

أمّا بيع الزرع بقلا أو قصيلا قبل اشتداده ويبسه فلا يجوز مطلقا ولا بشرط التبقية ،لما يخاف عليه من الجائحة . ويجوز بشرط القطع كالثمر قبل بدوّ الصلاح .

---

(١) ب : " وهو " خطأ .

(٢) ج : من منفعته .

(٣) أثبته من ج ،د . أ : "تنبه " ب : " بينة".

(٤) ب : " العيا " بسقوط اللّام.

(٥) ما بين القوسين ساقط من د .

(٦) في أ : " فهذا " والتصويب من سائر النسخ .

(٧) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ١/ ٢٧١ ،والفتح ٩ / ٨١ ،والروضة ٣ /٥٥٨ ، والمنهاج مع المغني ٢ /٩٠ ، وشرح المحلّى ٢ /٢٣٤.

(٨) م ،والأمّ : أكمامها .

(٩) م : أنا أجيزه.

(١٠) أ ، ج : " في بيتها " وهو خطأ ،والتصويب من ب ،د ،م.

(١١) انظر : مختصر المزني ٢ /١٧٠ ،والأمّ ٣ /٤٤.

فأمّا إذا اشتدّ واستحصد [(١)] ،فان كان الزرع مما يبرز الحب منه بغير كمام يستره كالشعير ،جاز بيعه في سنبله قبل دياسه وتصفيته ، لظهوره ومشاهدته . وإن كان الحبّ في كمام يستره كالحنطة ،فقد حكى عن الشافعي رحمه الله في القديم جواز بيعه [(٢)] . وهو مذهب مالك [(٣)] ،وأبي حنيفة [(٤)] . ووقفه في موضع من المبسوط [(٥)] على صحّة الحديث . ونصّ في الجديد وسائر كتبه على بطلان بيعه

---

(١) أَحْصَدَ الزرع ،واسْتَحْصَدَ : أى حان له أن يُحصد . انظر : المختار ص١٣٩.

(٢) وبه قال أحمد. انظر : المغني لابن قدامة ٧١/٤ ،والإفصاح ٢٢٢/١.

(٣) انظر : المنتقى ٢٢٠/٤ ،وبداية المجتهد ١٢٦/٢ ،ونسبه إلى جمهور العلماء مالك وأبي حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة.
ومواهب الجليل ٢٨٠/٤ وفيها : "يجوز بيع الحنطة في سنبلها سواء كان السنبل قائما لم يحصد ،أو حصد" والقوانين ص٢٨٣ وفيها : " ولا يجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافا للشافعي ".
والخرشي ٢٤/٥ وفيه : " وجواز ما ذكر مشروط بأن يكون بيعه وقع على الكيل كما يشترط أن لا يتأخّر تمام حصاده ودراسه أكثر من خمسة عشر يوما".

(٤) انظر : الهداية مع الفتح ٢٩٣/٦ ،والبدائع ٢٩٩٧/٦ ، والتبيين ١٢/٤.

(٥) المبسوط : في الفقه ،من كتب الشافعي القديمة ، وقد ضاع كسائر كتبه القديمة ،إلّا أنّ الباحث الكبير فؤاد سزكين ذكر أنه عثر على قطع منه في مختصر البويطي .
راجع : الفهرست لابن نديم ص ٢٩٥ ،٢٩٧ ،وتاريخ التراث العربي لفؤاد سزكين ١٧٦/٢ ،وتاريخ المذاهب الاسلامية لأبي زهرة ٢٧٠/٢.

في سنبله .(١)

ودليل من قال : "يجوز بيعه"(٢) رواية حمّاد بن سلمة ، عن حميد(٣) ،عن أنس : " أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع العنب حتى يسودّ ،وعن بيع الحبّ حتى يشتدّ ".(٤) فجعل غاية النهي أن يشتدّ ،فاقتضى جواز بيعه من بعد اشتداده(٥) ، كالعنب إذا اسودّ .

وبرواية أيوب ،عن نافع ،عن ابن عمر : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيضّ ويأمن العاهة ".(٦) وفي الحديث دليل كالأوّل

---

(١) أصحّهما هو المذهب الجديد . أنظر : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ١/ ٢٧١ ،والفتح ٩/ ٨٣ ووقع فيه سهو حيث قال :" الجديد الجواز ،والقديم المنع " والروضة ٣/ ٥٥٩ ،والمجموع ٩/ ٣٠٨ ، والمغني ٢/ ٩٠ ،وأجاب عن حديث الجمهور بأنه يحمل على الشعير ونحوه جمعا بين الدليلين. والنهاية ٤/ ١٥٠ ، وشرح المحلى ٢/ ٢٣٤.

(٢) ب : بجواز بيعه .

(٣) هو حميد بن أبي حميد الطويل ، وتقدّمت ترجمته في ص : ٦٤٨

(٤) أخرجه أبو داود ٣/ ٢٥٣ ،والترمذى ٣/ ٥٣٠ ،والدارقطني ٣/ ٤٨ كلهم بمثل الماوردى . وقال الترمذى : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا إلاّ من حديث حمّاد بن سلمة. ورواه ابن ماجة ٢/ ٧٤٧ ،وأحمد ٣/ ٢٢١، ٢٥٠ والطحاوى في شرح المعاني ٤/ ٢٤ ،والبيهقي ٥/ ٣٠١ كلهم بزيادة : " وعن بيع الثمرة حتى تزهو" ورواه الحاكم ٢/ ١٩ بزيادة : " وعن بيع الثمر حتى يحمرّ ويصفرّ " قال :" هذا حديث صحيح على شرط مسلم ،ولم يخرجاه . وانما اتفقا على حديث نافع عن ابن عمر في النهي عن بيع الثمر حتى يزهي " ووافقه الذهبي أيضا .

(٥) أى سواء فرك من سنبله أولم يفرك. قلت :و" اشتداده "أثبته من ب ،وهو ساقط من سائر النسخ .

(٦) أخرجه مسلم ٣/ ١١٦٥ ،وأبو داود ٣/ ٢٥٢ ،والترمذى ٣/ ٥٢٩ ،

===

وزيادة تعليل.(١)

ولأنّ بقاء الحنطة في سنبلها أبقى لها وأمنع من فسادها. ولأجل ذلك قال الله تعالى في قصّة يوسف(٢) : ﴿ فما حصدتم فذروه في سنبله إلّا قليلا مما تأكلون ﴾.(٣)

وإذا كان بقاء الحنطة في سنبلها أمنع من فسادها ، جرى مجرى الجوز واللوز في قشره(٤) الّذى قد اتفقوا على جواز بيعه إجماعا. فكذا(٥) الحنطة في سنبلها حجاجا. وتحرير ذلك : أنه محول(٦) بما يصلحه من أصل ، فجاز بيعه فيه/كالجوز واللوز في قشره.

ودليل قوله في الجديد أنّ بيعه باطل ما روى عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنه نهى عن بيع الغرر(٧) . وبيع الحنطة في سنبلها غرر ؛ لأنه يتردّد بين الجودة والرداءة ، والصحّة والفساد.

=== والنسائي ٧/٢٣٨ والبيهقي ٥/٣٠٣ كلهم بزيادة : " نهى البائع والمشترى " قال البيهقي : "وذكر السنبل في هذا الحديث مما تفرّد به أيّوب السختياني عن نافع من بين أصحاب نافع ، وأيّوب ثقة حجة ، والزيادة من مثله مقبولة."

(١) وهي أمن الثمار من العاهة.

(٢) هو النبي يوسف بن يعقوب بن اسحاق بن إبراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين . ذكره الله تعالى في عدّة مواضع من كتابه ، وخصّ لذكره سورة في القرآن . كما وردت أحاديث كثيرة في فضائله . وكفاه فضلا وشرفا أنه هو وأباه وجدّيه الأول والثاني كلهم كانوا من الأنبياء المشهورين ، توفى وهو ابن مائة وعشرين سنة ، ودفن بمصر في النيل ، ثم حمله موسى عليه السلام في زمنه الى الشام . راجع : تهذيب الأسماء ٢/١٦٦ والبداية والنهاية ١/١٩٧.

(٣) سورة يوسف : ٤٧.

(٤) أى في قشرها الأسفل . أمّا في قشرها الأعلى فقد تقدّم أنه لا يجوز بيعهما معه عند الشافعية.

(٥) من ب. وفي باقي النسخ : "وكذا".

(٦) محول : أى محجوز . وفي ب " مجهول " وهو تصحيف.

(٧) سبق تخريجه في ص : ١٢٢ هامش (٣).

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : "أنه نهى عن بيع الطعام حتى يفرك" (١) يعنى : بفتح الراء . ومعنى الفرك : التصفية. (٢)

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان" (٣) . ولا يمكن أن يجرى فيه الصاع إلاّ بعد التصفية .

---

(١) أخرجه أحمد ١/ ١٦١ من حديث أنس مرفوعا بلفظ : " نهى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن بيع النخل حتى يزهو ،والحبّ حتى يَفْرِك ، وعن الثمار حتى تطعم." وفيه رجل مجهول . وروى بمثله البيهقي ٥/ ٣٠٣ ولكن بتقديم بيع الحبّ .وفيه أبّان بن أبي عيّاش . قال البيهقي : ولا يحتجّ به . ورواه بطريق آخر بلفظ :"أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن تباع الثمرة حتى يَبيْن صلاحها تصفرّ أو تحمرّ ،وعن بيع العنب حتى يسودّ ، وعن بيع الحبّ حتى يفرك " قال : وقد رواه جماعة عن حمّاد بلفظ " حتى يشتدّ ".

قال : وقوله "يفرك " إن كان بخفض الراء على إضافة الإفراك الى الحبّ ،وافق رواية من قال " حتى يشتد " . وان كان بفتح الراء ورفع الياء على اضافة الفرك الى من لم يسمّ فاعله ،خالف رواية من قال فيه " حتى يشتدّ " واقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه . قال : ولم أر أحدا من محدّثي زماننا ضبط ذلك . والأشبه أن يكون " يفرك " بخفض الراء لموافقة معنى من قال فيه :"حتى يشتدّ ".

(٢) راجع النهاية لابن الأثير ٣/ ٤٤٠ ،والمختار ص ٥٠١ ،والمصباح ص ٤٧١ .

(٣) روى من حديث جابر ،وأبي هريرة وأنس ،وابن عبّاس . فحديث جابر أخرجه ابن ماجة ٢/ ١٢ ،والدارقطني ٣/ ٨ ،والبيهقي ٥/ ٣١٦ كلهم بزيادة في آخره "صاع البائع وصاع المشترى " ونسبه في نصب الراية (٤/ ٣٤) الى ابن أبي شيبة ،واسحاق بن راهويه ،والبزّار أيضا وفي إسناد الجميع محمد بن عبدالرحمن ابن أبي ليلى الأنصارى ،وهو ضعيف .

===

ولأنّ المقصود بالعقد مستور بما لا يدّخر غالبا فيه . فوجب أن يكون بيعه باطلا ،كتراب الفضّة والشاة المذبوحة .

ولأنّ الحنطة بعد الدوس / في تبنها أقرب الى تصفيتها ٩١/ب من أن يكون في سنبلها . فلمّا لم يجز بيعها في أقرب الحالين الى التصفية ،فأولى أن لا يجوز في أبعدهما من التصفية .

ولأنه لمّا لم يجز أخذ العشر منها إذا كانت في سنبلها للجهل بها (١) والعشر مواساة ،فالبيع أولى أن لا يجوز ،لأنّ المعاوضة أفسد بالجهالة من المواساة .

فأمّا الجواب عن نهيه عن بيع الحبّ حتى يشتدّ ، مع تفرّد حمّاد بروايته . فهو أنّ هذه غاية قد جعل النبيّ صلّى الله عليه وسلّم بعدها غاية أخرى ،وهي قوله " حتى يفرك " . والحكم إذا تعلّق بغايتين

=== أمّا حديث أبي هريرة فرواه البيهقي ٥/ ٣١٦ وفي آخره زيادة : " فيكون للبائع الزيادة وعليه النقصان " ونسبه الزيلعي في النصب الى البزّار أيضا .

وأمّا حديث أنس فأخرجه ابن عدى في الكامل ٣/ ٨٨٦ بنحو حديث أبي هريرة ثم قال : هذا حديث منكر لا يرويه بهذا الإسناد غير خالد بن يزيد ،وعن خالد أحمد بن بكر البالسي ،وهما ضعيفان .

وأمّا حديث ابن عبّاس فأخرجه ابن عدى أيضا - كما في نصب الراية ولم أجده - بلفظ " لا يباع طعام حتى يكال بالصاعين : صاع البائع وصاع المشترى " وضعّفه من أجل مُعَلّى بن هلال . قال : إنه كذّاب وضّاع.

كما روى مرسلا عن الحسن بلفظ حديث جابر وأبي هريرة . أخرجه ابن أبي شيبة - كما في النصب - والبيهقي ٥/ ٣١٥ قال : وقد روى ذلك موصولا من أوجه إذا ضمّ بعضها الى بعض قوِىَ .

(١) راجع : المهذّب ١/ ١٦٤ ،والتنبيه ص ٤١ .

لم يتعلّق بوجود إحداهما حتى يوجدا معا . كما قال تعالى : ﴿ فـإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره . ﴾ (١) فكان النكاح غاية التحريم ،فاقتضى أن يحلّ بعده . فلمّا قال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : " لا ، حتى تذوقي عسيلته ،ويذوق عسيلتك " (٢) صارت هذه غاية ثانية ، فلا تحلّ إلاّ بعد وجودهما . وصار كأنه قال : فلا تحلّ له من بعد (٣) حتى تنكح زوجا غيره ،ويذوق عسيلتها وتذوق عسيلته .

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(٢) هذا جزء من حديث طويل روى عن عائشة رضي الله عنها . أخرجه البخارى في اللباس ١٨٤/٧ ،ومسلم ١٠٥٥/٣ ،والنسائي ١٢٠/٦ ،وابن ماجة ٦٢١/١ ،ومالك في موطّئه ٥٣١/٢ . ولفظ البخارى :
(قالت ـ أى عائشة ـ جاءت امرأة رفاعة القرظي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأنا جالسة وعنده أبو بكر ، فقالت : يا رسول الله ! إنّي كنت تحت رفاعة فطلّقني فبتّ طلاقي ،فتزوّجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ،وإنه والله ما معه يا رسول الله إلاّ مثل هذه الهدبة . وأخذت هدبة جلبابها . فسمع خالد بن سعيد قولها وهو بالباب لم يؤذن له . قالت : فقال خالد : يا أبا بكر ! ألا تنهى هذه عمّا تجهر به عند رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ؟ فلا والله ما يزيد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على التبسّم . فقال لها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : " لعلّك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته " فصار سنة بعد . "
قال ابن الأثير في النهاية ٢٣٧/٣ : " شبّه لذّة الجماع بذوق العسل ،فاستعار لها ذوقا . وانما صغّره إشارة إلى القدر الذى يحصل به الحلّ ".

(٣) من بعد : ساقط من د .

فان قيل : فاذا لم يحلّ بيعه بعد أن يشتدّ إلى أن يفرك ،فلــم جعل غاية النهي الأول " حتى يشتدّ "؟

قيل : إنّ النهي في كل واحدة من الغايتين لمعنى غير معنـى الغاية الأخرى . فنهيه عن بيعه "حتى يشتدّ " لينجو من العاهة ، وعـن بيعه " حتى يفرك " لما فيه من الغرر لفقد الرؤية . فصار كقوله : "ألاَ لا توطأ حامل حتى تضع ،ولا حائل حتى تحيض "(١) . وهي بعد وضع الحمل ووجود الحيض لا تحلّ حتى تغتسل بعد تقضّي النفاس والحيض(٢) . إلاّ أنّ

----

(١) روى ذلك من حديث أبي سعيد الخدري . وقد قاله صلّى الله عليه وسلّم في سبايا أوطاس . والحديث أخرجه أبو داود ٢/٢٤٨ ،وأحمد ٢٨/٣ ، ٦٢ ، ٨٧ ، والدارمي ٢/ ١٧١ ،والدارقطني ٤/ ١١٢ ، والبيهقي ٥/ ٣٢٩ ،والحاكم ٢/ ١٩٥ قال : "صحيح على شرط مسلم". ووافقه الذهبي .
وقال العظيم آبادى في تعليقه على الدارقطني : " وأعلّه ابن القطّان بشريك . وقال : إنه مدلّس ،وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ".
قلت : وللحديث شواهد جمعها الشيخ الألباني في الإرواء ٥/ ١٤٠ . ثم قال : " وجملة القول أنّ الحديث بهذه الشواهد صحيح بلاريب".
هذا ،والحديث مروي في كتب الحديث المذكورة بلفظ : " ولا غير ذات حمل " في موضع : " ولا حائل " والمعنى واحد . قال ابن الأثير في النهاية ١/ ٤٦٣ : "حائل : أى غير حامل . جمعها : حِيَال ، وحُوَل ".

(٢) هذا هو مذهب مالك ،والشافعي وأحمد والجمهور . وقال أبـو حنيفة وأصحابه : إن انقطع دمها بعد مضيّ أكثر مدّة الحيـض أوالنفاس جاز وطؤها قبل الغسل . وان انقطع قبل ذلك لـم يجز وطؤها حتى تغتسل ،أويمضي وقت صلاة . وقال مجاهـد وعكرمة وطاوس : يحلّ لزوجها وطؤها بعد أن تتوضأ ،وقـال

===

النهي الأول لحفظ النسب، والنهي بعده لأجل الأذى .

وهذا أصل فلهذا بسطنا الكلام فيه . وبمثله يكون الجواب عن حديث ابن عمر، مع تفرّد أيّوب بروايته .

وأمّا الاستدلال بأنّ تركه في السنبل أبقى كترك الجوز واللوز في قشره فجمع لا يسلم، لوجود العرف[1] بترك الجوز واللوز في قشره وتصفية البرّ من سنبله . فلمّا اختلف العرف[1] فيهما اختلف حكم مامنع من روء يتهما .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (وعلى الجوز قشرتان، واحدة فوق القشرة التي يرفعها الناس عنه[2] . ولا يجوز[3] بيعه وعليه القشرة العليا . ويصلح[4] أن يدفع[5] بدون العليا . وكذلك الرانج وما عليه قشرتان .)[6]

وهذا كما قال . لا يجوز بيع الجوز في قشرتيه معا، يابسا كان

=== الأوزاعي : إنها إن غسلت فرجها جازله وطؤها . وبه قال أبو محمد بن حزم.

انظر التفصيل في : تفسير القرطبي ٣ /٨٨، والجصّاص ١/ ٣٤٨، وابن العربي ١/ ١٦٥، وبداية المجتهد ١/ ٤٥، والمجموع ٢/ ٣٧٠ .

(١) ج : "الغرق" في الموضعين، وهوتصحيف .

(٢) في كل النسخ والأم : "عليه" . وفي م "عنها" . والصواب ماأثبته .

(٣) م : فلا يجوز.

(٤) يصلح : أثبته من ج، وفي سائر النسخ "لا يصلح" وهو خطأ وفي م: "لأنه يصلح" ويأباه السياق .

(٥) م : "أن يرفع" وهوتصحيف .

(٦) أنظر : مختصر المزني ٢/ ١٧١ . والأم ٣/ ٤٥ بمعناه .

أو رطبا [١] . فاذا زالت عنه القشرة العليا / جاز بيعه بالقشرة الباقية ؛ ٩٢/أ لأنه يدّخر فيها رطبا كان أو يابسا .

وكذلك الرانج - وهو النارجيل - [٢] يكون عليه قشرتان . فلا يجوز بيعه في القشرة العليا . فاذا أزيلت عنه جاز بيعه في الثانية ،لأنه يدّخر فيها .

فأمّا اللوز فحكمه حكم الباقلّاء عليه قشرتان . فان كان مشتدّا لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه العليا ،ثم يجوز بيعه في الثانية . وإن كان رطبا ففي جواز بيعه في قشرتيه وجهان على اختلاف أصحابنا في بيع الباقلّاء الرطب في قشرتيه [٣] ،لأنّ قشر اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمرارة فيها . [٤]

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يجوز أن يستثنى من الثمرة مدّا [٥] ؛ لأنه لا يدرى كم المدّ من الحائط ؟ أسهم من ألف سهم ؟

---

(١) وفي قول يجوز بيعه - وكذلك الرانج - في القشرة العليا ما دام رطبا . وبه قال ابن القاص والاصطخرى لتعلق الصلاح به من حيث إنه يصون القشرة السفلى . ويحفظ رطوبة اللبّ. وهو قول ضعيف ، والمذهب البطلان مطلقا . انظر : الفتح ٩/٨٢ ،والروضة ٣/٥٥٨ ،والمجموع ٩/٣٠٨ .

(٢) ويقال له الجوز الهندى أيضا . و" الرانج " بفتح النون ،وقيل بكسرها . والجمع : الروانج ، انظر: المصباح ص ٢٤١ .

(٣) في قشرتيه : أثبته من د . وهو ساقط من سائر النسخ .

(٤) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ١/٢٧١ ،والفتح ٩/٨٢ ،والروضة ٣/٥٥٨ ،والمجموع ٩/٣٠٥ ،والمغني ٢/٩٠ ، والنهاية ٤/١٥١ ،وشرح المحلى ٢/٢٣٥ .

(٥) مدّا . أثبته من ب ،م . وفي سائر النسخ : مدّ .

أو من مائة سهم [(١)] ؟ أو أقلّ ،أو أكثر ؟ فهذا مجهول . ولو استثنى ربعها [(٢)] أو نخلات بعينها جاز.) [(٣)]

وهذا صحيح . وجملة الاستثناء أنه لا يخلو حاله وحال ما بقي من المبيع بعده [(٤)] من أربعة أقسام :

أحدها : أن يكون الاستثناء معلوما ،والمبيع بعده معلوما . وهذا على ضربين : مشاع ومحوز .

فالمحوز : أن يقول : "بعتك ثمرة الحائط هذا [(٥)] إلّا ثمرة [(٦)] هذه النخلات العشرة بعينها " فهذا بيع جائز باتفاق العلماء [(٧)] .

والمشاع : أن يقول : "بعتك ثمرة هذا الحائط إلّا ربعها" فهذا بيع صحيح . ويكون المبيع ثلاثة أرباعها [(٨)] مشاعا .

وقال الأوزاعي [(٩)] : هذا بيع باطل ؛لأنه بيع على شرط الشركة.

وهذا خطأ من وجهين :

أحدهما : أنه لو قال : "بعتك ثلاثة أرباعها " صحّ . فكذا لو قال : "بعتكها إلّا ربعها "؛لأنّ المعقود عليه في الحالتين ثلاثة أرباعها .

---

(١) أو من مائة سهم : ساقط من د . وفي ج : أسهم من ألف أوسهم من مائة .

(٢) م : " ربعه " وهو خطأ .

(٣) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٧١- ١٧٢ .

(٤) بعده : ساقط من د .

(٥) ب : هذا الحائط.

(٦) ثمرة : ساقطة من ب.

(٧) أنظر : بداية المجتهد ٢/ ١٣٦ ،والمغني لابن قدامة ٤/ ٧٧

(٨) د : "أرباعه " وهو خطأ .

(٩) ونسبه ابن قدامة في المغني ٤/ ٧٧ الى أبي بكر ، وابن أبي موسى من الحنابلة .

والثاني : أنه لو كان الاستثناء عشر المساكين جاز ،وإن كان مستحقّ ذلك مجهول العين . فأولى أن يجوز الاستثناء لنفسه ،لأنّ مستحقّه معيّن .

والقسم الثاني : أن يكون الاستثناء مجهولا ،والمبيع بعده مجهولا وهو ضربان : مشاع و محوز .

فالمشاع : أن يقول : " بعتك هذه الثمرة إلّا قوت سنتي " أو: " إلّا ما يأكله عبيدي " فهذا باطل باتفاق ،لأنّ قدر قوته مجهول ،وما يأكله عبيده مجهول ،فصار المبيع الباقي مجهولا .

فان قيل : فقد روى عن ابن عمر أنه باع حائطا ،واستثنى منه قوت غلمانه [1] . قيل : يحتمل أن يكون استثنى منه قدرا معلوما جعله قوت غلمانه .

وكذا لو قال : "بعتك هذه الثمرة إلّا عشر قواصر [2] منها" أو: "في كل يوم سلّة [3] من رطبها " كان البيع باطلا [4] / ، للجهل بالمبيع الباقي . ١٠١/ب

وأمّا المحوز : فهو أن يقول : "بعتك هذه الثمرة إلّا عشر نخلات منها لا بعينها " فهذا بيع باطل [5] .

---

(١) المرجع السابق.

(٢) القواصر : جمع الْقَوْصَرة ،بتشديد الراء وتخفيفها ،وهي : وعاء التمر يتخذ من قصب. أنظر : المختار ص ٥٣٧ ،والمصباح ص ٥٠٥.

(٣) السَّلَّة : وعاء يحمل فيه الفاكهة ،والجمع سلّات . كما في المصباح ص ٢٨٦.

(٤) من هنا اختل الترتيب في الأصل فانتقل من ق ٩٢ الى ق ١٠١.

(٥) وذكر ابن رشد في البداية (٢/ ١٣٦) اتفاق أهل العلم على بطلانه ولم يحك خلاف مالك في ذلك.

وقال مالك(١) : إن كانت قدر ثلث الثمرة فما دون (٢)(جاز البيع ،وكان له عشر)(٢) نخلات وسطا .

وهذا(٣) غلط ، لأنّ هذا الاستثناء يوقع جهالة في المبيع من وجهين :

أحدهما : أنّ ثمر النخل يختلف في القلّة والكثرة.

والثاني : أنّ المستثنى غير محوز ولا مشاع في الجملة . وقد يجوز أن يهلك النخل إلاّ عدد ما استثنى ،فيختلفان في الباقي هل هو المبيع أو المستثنى ؟ وهذا من أكثر الجهالات غررا ،فكان ببطلان البيع أولى .

والقسم الثالث(٤) : أن يكون الاستثناء معلوما ،والمبيع بعده مجهولا . وهو أن يقول :" بعتك هذه الثمرة إلاّ صاعا منها " فهذا بيع باطل.(٥)

---

(١) انظر : الموطّأ مع الزرقاني ٣/٢٦٥ ،والمنتقى ٤/٢٣٨ وفيه "فهذا البيع جائز؛ لأنّ له وجها في الصحّة و مخرجا يتوجّه اليه. وذلك أنه يكون شريكا بما استثناه من العدد في عدد جميع الحائط . فان كان استثنى خمسة ،والحائط خمسون ،كان له عشر الثمر مشاعا . وان كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر . وعلى هذا الحساب يكون شريكا ."

(٢) في د يوجد بياض .

(٣) أ : " فهذا " و المثبت من باقي النسخ .

(٤) أ ، د : "والقسم الثاني " والتصويب من ب ،ج .

(٥) وهو مذهب جمهور أهل العلم. وبه قال سعيد بن المسيّب ، والحسن والشافعي ،وأحمد -في المشهور عنه - واسحاق ،وأبي ثور ،وأصحاب الرأى . انظر : المغني لابن قدامة ٤/٧٧.

وقال مالك [١] : هو بيع جائز [٢] ؛لأنه لمّا جاز استثناء ربعها والربع مجهول الكيل ، كان استثناء ما هو معلوم الكيل أولى بالجواز.

ودليلنا على فساده ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : "أنه نهى عن الثنيّا في البيع" وهو ما ذكرنا. [٣] ولأنّ هذا الاستثناء يوقع جهالة في البيع ؛ لأنه لا يعلم قدر ما خرج بالاستثناء (هل هو عشر أو ربع ؟ ولا ما بقي بعد الاستثناء هل هو) [٤] تسعة أعشار أو أقلّ ؟ والمبيع إذا كان مجهولا بطل البيع . ولأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلاّ قدر ما استثنى ، فيختلفان هل هو المبيع أو المستثنى ؟ وإذا لم يتعيّن المبيع من المستثنى كان باطلا . وهذا مأمون في استثناء جزء شائع منها ؛لأنّ التالف يكون منهما [٥] ،والباقي بينهما .

---

(١) هو لم يجزه على الإطلاق ،بل أجازه في قدر الثلث فما دونه ومنعه فيما فوقه ،وحمل النهي عن الثنيا على ذلك. انظر في مذهبه : المنتقى ٤/ ٢٣٧ ،والزرقاني ٣/ ٣٦٥ ،ومواهب الجليل ٤/ ٢٨٣ ،وبداية المجتهد ٢/ ١٣٦ ،والخرشي مع حاشية العدوى ٥/ ٢٦. قال العدوى "وهذا على المشهور. ومقابله : لا يجوز استثناء قليل ولا كثير ،لا كيلا ولا جزافا ".

(٢) وهو رواية عن أحمد ،وبه قال ابن سيرين وسالم بن عبدالله أيضا وستدلّهم حديث " نهى عن بيع الثُنيّا إلاّ أن تعلم " قالوا : وهذه ثُنَيّا معلومة . انظر : المغني لابن قدامة ٤/ ٧٧.

(٣) هذا جزء من حديث جابر الآتي في ص" ٧١٠ " ورواه الترمذى ٣/ ٥٨٥ مختصرا ،ولكن بزيادة ("إلاّ أن تعلم" وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه.

(٤) مابين القوسين ساقط من د .

(٥) أ " منهما " ج " فيهما " والمثبت من ب ،د .

والقسم الرابع : أن يكون الاستثناء مجهولا والمبيع معلوما . وهو أن يقول : "بعتك من هذه الثمرة مائة صاع والباقي لي " فان علما أنّ فيها مائة صاع فصاعدا ، صحّ البيع إن أمكن كيل الثمرة ، وبطل إن لم يمكن كيلها . ولا يصحّ الخرص فيها ، لأنّ البيع بالخرص لا يجوز ، لأنه تخمين وحدس . وإنما يجوز في حق المساكين [(١)] ، لأنه مواساة.

فان لم يعلما أنّ في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا ، للجهل بوجود المبيع ، فلو كيلت من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا ، لم يصحّ البيع بعد فساده. [(٢)]

- فصـــل -

واذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف [(٣)] درهم ، واستثنى منها بألف درهم. فان كان الاستثناء بسعر ما باع صحّ البيع [(٤)] ، وكان كاستثناء ربعها . وإن كان الاستثناء بسعر يومه لم يجز ، وكان البيع باطلا [(٥)] ، لجواز أن يكون السعر زائدا أو ناقصا ، فيصير الاستثناء مجهولا

---

(١) لعله يقصد به بيع العرايا ، ولكنه لا يختصّ بالمساكين على الصحيح . انظر: التكملة ١١/٤٤٧.

(٢) ذكر السبكي في تكملته (١١/ ٤٤٦) أقسام الاستثناء المذكورة نقلا عن الماوردى وغيره من الأصحاب. قال : ولكنهم لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسوطة كاستيعابه.

(٣) آلاف : أثبتها من ب . وفي سائر النسخ "ألف" وهو خطأ.

(٤) البيع : ساقط من د .

(٥) ذكره السبكي في تكملته (١١/ ٤٤٧) نقلا عن الماوردى والقاضي أبي الطيّب . قال : وكلام ابي الطيّب أبين وأحسن . ونصّه : "إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلاّ ما يخصّ ألفا منها . قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا ، لأنّ ما يخصّ ألفا منها ، هو ربع الثمرة . فان قال : إلاّ ما يخصّ قيمة ألف منها بسعر اليوم " لم يصحّ ، لأنه غير معلوم ".

والمبيع الباقي (١) مجهولا .

فلو قال : "بعتك ثمرة هذا النخل إلّا النوع المعقلي / " فان ١٠٢/أ
شاهدا المعقلي المستثنى وعلما قدره صحّ البيع ، وان جهلاه فسد.(٢)

- فصل -

ولو باع قطنا واستثنى حبّه ، أو سمسما واستثنى كسبه ، أو شاة
واستثنى جلدها ، كان البيع في هذا كله باطلا ، لأنّ المبيع بما استثناه(٣)
منه يصير غير معلوم بالمشاهدة ، ولا مقيّد(٤) بالصفة.(٥)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولو باع ثمرة حائط وفيها الزكاة ،
ففيها قولان :

أحدهما : أن يكون للمشترى الخيار في أن يأخذ ما جاوز الصدقة
بحصّته من الثمن ، أو الردّ .

والثاني : إن شاء أخذ الفضل عن الصدقة بجميع الثمن ، أو الردّ .
وللسلطان أخذ العشر من الثمرة(٦) . قال المزني ...) الفصل.(٧)

---

(١) د : "الثاني" وهو تصحيف .
(٢) انظر : تكملة السبكي ٤٤٧/١١ (ذكره نقلا عن الماوردى)
(٣) ب : بعدما استثنى .
(٤) ب ، د : " ولا مفيد " وهو خطأ .
(٥) انظر : تكملة السبكي ٤٤٨/١١ (ذكره نقلا عن الماوردى) .
(٦) أثبتها من د ، م . أ ، ب "من الثمن" ج " من التمر".
(٧) انظر : مختصر المزني ١٧٢/٢ وتمامه : " وهذا خلاف قوله فيمن اشترى ما فيه الزكاة أنه يجعل أحد القولين أن البيع فيه باطل ، ولم يقله ههنا " أهـ.

وقد مضت هذه المسألة في كتاب الزكاة[١] مستوفاة . وسنذكر ههنا ما يقتضيه الموضع ويسعدنا به الخاطر . فنقول : إذا باع ثمرة حائطه بعد وجوب الزكاة فيها وقبل أداء الزكاة عنها ،فهذا على ضربين : أحدهما أن يستثنى من البيع قدر الزكاة . والثاني : أن لا يستثنيه .

فان استثنى قدر الزكاة منها . فهذا بيع جائز[٢] ،ويكون المبيع هو الباقي منها بعد قدر الزكاة . وذلك تسعة أعشارها إن كانت سيحا[٣] ، فقدر زكاتها العشر . أو تسعة أعشار ونصف إن كانت نضحا[٤] ،قدر زكاتها نصف العشر . ولا بدّ من ذكر قدر الزكاة في البيع أعشر هو أو نصف عشر[٥] ؟

وقال مالك[٦] : ليس يلزم ذكر القدر ،لأنّ العلم به شرعا يغني عن ذكره شرطا .

---

(١) انظر : كتاب الزكاة من الحاوى الكبير ١/٤٥٢ ، ٢/٧٦٤ ، ٣/٣٠١ .

(٢) وقد صرّح بجوازه الشافعي في الأم (٢/٤٦) حيث قال : "ولكنه يصحّ -لا يصحّ غيره- إذا باعه على ترك الثمرة أن يبيعه تسعة أعشار الثمرة إن كانت تسقى بعين أو كانت بعلا . وتسعة أعشارها ونصف عشرها إن كانت تسقى بغرب . ويبيعه جميع ما دون خمسة أوسق إذا لم يكن للبائع غيره ،فيصحّ البيع ."

(٣) السَّيْح : الماء الجارى . ويقصد به الأرض التي تسقى بماء طبيعي بدون جهد بشرى . أنظر : المختار ص ٣٢٤ ،والمصباح ص ٢٩٩ .

(٤) النَّضْح : هو الماء الذى ينضحه الناضح والمقصود به الأرض التي سقيت بالنضح . يقال نضح البعير الماء : حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع ،فهو ناضح والأنثى ناضحة . أنظر المختار ص ٦٦٤ ، والمصباح ص ٦٠٩

(٥) نصّ على ذلك الشافعي في الأم ٣/٥٣ .

(٦) لم أقف على قول مالك .

وهذا ليس بصحيح ؛لأنه لو كان علمه بالشرع يغني عن استثنائه بالشرط ، لكان العلم بوجوب الزكاة يغني عن اشتراط الزكاة . فلمّا لم يغن ذلك في الأصل ،لم يغن في القدر.

فاذا استثنى البائع قدر الزكاة على المشترى . فعليه أن يدفعها من الثمرة بعد الجداد . فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان :(١)

أحدهما : يجوز ؛ لأنه يَحُلّ فيها محل البائع ،وقد كان للبائع دفع الزكاة من غيرها .

والوجه الثاني : لا يجوز ؛لأنّ المشترى لم يملك قدر الزكاة بعقد ولا غيره ،وإنما هو كالوكيل فيها . بخلاف البائع الذى كان مالكا لها . فلم يجز أن يتصرّف فيما لم يجر له عليه ملك.

فلو كان المشترى قد استهلك جميع الثمرة رطبا ، كان فيما يطالب به المشترى من حقّ الزكاة / وجهان:(٢) ٩٣/ب

أحدهما : يطالب بعشر الثمرة تمرا . وهذا على الوجه الذى يجيز له دفع الزكاة من غيرها . فنجعل ذلك منه ضمانا لعشرها تمرا .

والوجه الثاني : يطالب(٣) بقيمة عشرها رطبا . (٤)(وهذا على الوجه الذى يمنعه أن يدفع الزكاة من غيره ؛لأنه استهلك حقّ المساكين رطبا ،فلزمه قيمته .)(٤)

فعلى هذا إن كانت(٥) قيمة عشرها رطبا أقلّ من قيمة عشرها تمرا ،فهل يرجع على البائع بفضل ما بينهما من النقص ؟ على وجهين

---

(١) لم أعثر عليهما .

(٢) من هنا عاد الترتيب الى طبيعته.

(٣) د : " يطلب " وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب.

(٥) ب ،ج : " إن كان " وهو خطأ .

مخرّجين من اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمّة أو في العين ؟ (١)

فان قيل بوجوبها في الذمّة رجع عليه بقدر النقص لاشتغال الذمّة بها . وان قيل بوجوبها في العين لم يرجع عليه بقدر النقص لزوال يده عن العين .

- فصل -

وأمّا الضرب الثاني : وهو أن يبيعها جملة من غير اشتراط الزكاة فيها ، فهي مسألة الكتاب . والبيع في قدر الزكاة على قولين (٢) مبنيين على اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمّة أو في العين ؟

أحدهما : أنه باطل إذا قيل بوجوب الزكاة في العين وجوب

---

(١) فيه قولان للشافعي أحدهما : أنها تجب في العين . وهو الصحيح من المذهب ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور عنه ، وعليه أكثر الصحابة ، ووجهه : أنه حق يتعلّق بالمال يسقط بهلاكه فيتعلّق بعينه كحقّ المضارب .
والقول الثاني - قاله في القديم ، وهو رواية عن أحمد ، واختارها الخرقي - أنها تجب في الذمّة ، والعين مرتهنة بها . ووجهه : أنها لو كانت واجبة في العين لم يجز أن يعطى حقّ الفقراء من غيرها كحقّ المضارب والشريك . انظر التفصيل في : الأم ٢ / ٤٥ ، والمهذّب ١ / ١٥١ ، والتنبيه ص ٣٦ ، والفتح ٥ / ٥٥١ ، والروضة ٢ / ٢٢٦ ، والمجموع ٥ / ٣٧٧ ، والافصاح ١ / ١٤١ ، والانصاف ٣ / ٣٥ ، ورحمة الأمة ص ٩٤ ، ومغني المحتاج ٢ / ٤١٩ .

(٢) انظر : المراجع السابقة . وفي حلية العلماء (٣ / ٦٦) بعد أن حكى الشاشي قول الشافعي قال : " وقال مالك : البيع صحيح ، والزكاة على البائع . ومن أصحابه من قال : يؤخذ من المشتري ويرجع بها على البائع . وقال أبو حنيفة : يصحّ البيع في الجميع . وهو قول أحمد ".

استحقاق[1].

والقول الثاني : أنه جائز إذا قيل بوجوب الزكاة في الذمّة من غير أن تكون مرتهنة بالعين.

فاذا قيل إنّ البيع في قدر الزكاة جائز فهو في الباقي أجوز.

وإذا قيل إنه في قدر الزكاة باطل ، ففي بطلانه في الباقي قولان[2] من تفريق الصفقة[3].

فعلى هذا[4] يكون للمشترى فيه الخيار لتفريق الصفقة عليه.

فان أحبّ فيه الفسخ رجع بالثمن. وان أقام على البيع فيما بقي بعد قدر الزكاة فعلى قولين[5]:

---

(١) أى وجوب شركة. قال في السلسلة (٢٨/ب) : " على معنى استحقاق جزء حتى إذا حال الحول على أربعين شاة صار المسكين شريكا مع رب المال بشاة في الجملة ".

(٢) وفي كتاب الزكاة من الحاوى ٢/٧٦٩ :"قولان ،أحدهما : جائز والثاني : باطل . ولبطلانه علتان . إحداهما : أنّ اللفظة ـ أى الصفقة ـ جمعت حلالا وحراما . والعلة الثانية : أنه باطل لجهالة الثمن "أ هـ ملخصا . وقال الشربيني في مغنيه ٢/٤٠ عن القول الأول بأنه الأظهر.

(٣) أ ،د : " قولا تفريق الصفقة " والمثبت من ب ،ج.

(٤) أى على القول ببطلان البيع في قدر الزكاة ،وجوازه فيما عداه. قلت: وفي هذه العبارة بعض الخلل. وكلام الماوردى في كتاب الزكاة أتمّ وأحسن من ههنا. فقد قال هناك ٢/٧٧٠ بعد أن ذكر القولين في تفريق الصفقة ما نصّه : " فاذا قيل ببطلان البيع في الجميع ارتفع العقد وكان المبيع على ملك البائع ،واذا قيل ببطلان البيع في قدر الزكاة وجواز البيع في الباقي فالمشترى بالخيار بين الفسخ والإقامة ،لدخول النقص وتفريق الصفقة."

(٥) والقول الثاني هو الأصحّ . انظر: الروضة ٣/٢٢٧ ،وحلية العلماء ٣/٦٦.

أحدهما : يقيم عليه بجميع الثمن .(١)

والثاني : بحسابه من الثمن وقسطه .(٢)

فأمّا المزني فانه لمّا رأى الشافعي(٣) جوّز البيع ههنا فيما سوى الزكاة . وأبطله على أحد القولين في كتاب الزكاة.(٤) اعترض عليه في إغفال القول الآخر . وهذا اعتراض في غير موضعه ،لأنّ الشافعي رحمه الله إذا كان له قولان في مسألة فليس يلزمه إعادتهما في كل موضع. فاذا فرّع على أحدهما لم يكن رجوعا عن الآخر . والله أعلم .(٥)

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله : (ولا يرجع من اشترى الثمرة وسلّمت اليه بالجائحة على البائع . ولولم يكن سفيان(٦) وهّن حديثه في الجائحة لصرت اليه . فاني سمعته منه ولا يذكر(٧) "الجائحة"(٨) ثم ذكرها ، وقال(٩) : " كان / كلام قبل وضع الجوائح لم أحفظه". ٩٤/أ

---

(١) قال الماوردى في كتاب الزكاة ٢ / ٧٧١ " كمن ابتاع عبدا فقطعت يده قبل القبض . فللمشترى أخذه بجميع الثمن ،وإلّا فسخ ".
(٢) في المرجع السابق :" كمن ابتاع قفيزين فتلف أحدهما أخذ الباقي بنصف الثمن ".
(٣) ب : الشافعي رضي الله عنه.
(٤) انظر : الأمّ ٢ / ٤٦ ،ومختصر المزني ١/ ٢٢٠.
(٥) د : بدون " والله أعلم ".
(٦) هو سفيان بن عيينة . كما جاء التصريح به في إسناد الحديث .
(٧) ب ،د : ولم يذكر .
(٨) في جميع النسخ :" جائحة " والمثبت من م. وهوالأنسب.
(٩) د : فقال .

فلو صرت إلى ذلك لوضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد . فأمّا أن يوضع الثلث فصاعدا ولا يوضع ما دونه . فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول (١) (٢) .

وصورتها في رجل باع ثمرة على رؤوس نخلها وسلّمت الى المشترى فتلفت (٣) بالجائحة قبل جدادها ، فقد كان الشافعي في القديم يذهب الى أنها (٤) من ضمان بائعها ، وأنّ البيع يبطل بتلفها . وبه قال أبوعبيد ، وأحمد (٥) واسحاق (٦) .

ورجع عن هذا في الجديد وقال : يكون من ضمان المشترى ، فلا يبطل البيع بتلفها (٧) .

---

(١) ج : " ولا مقبول " وهوتصحيف .

(٢) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٧٢ - ١٧٣ ، والأم ٣/ ٤٨-٥٠ .

(٣) أ ، ج : " وتلفت " د : " وتغلت " والمثبت من ب .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٤/ ٨٠ ، ونسبه أيضا الى يحيى بن سعيد الأنصارى ، ومالك وأكثر أهل المدينة ، وجماعة من أهل الحديث ، وبداية المجتهد ٢/ ١٥٥ ونسبه الى الثورى أيضا . وفتح البارى ٤/ ٣٩٩ ، والمحلّى ٨/ ٣٨٤ .

(٥) هذا هو المشهور عنه . وروى عنه مثل مذهب مالك أيضا . انظر : المغنى لابن قدامة ٤/ ٨٠ ، والإفصاح ١/ ٢٢٣ ، والمقنع ص ١١٢ ، والكشّاف ٣/ ٢٧٢ .

(٦) لم أجد من نسبه اليه غير الماوردى .

(٧) وهذا هو أصحّ المذهبين . والخلاف المذكور فيما إذا باعها بعد بدوّ الصلاح . أمّا إذا باعها قبل بدوّ الصلاح بشرط القطع ، فلم يقطعها المشترى حتى أضاعتها الجائحة ، فقد حكى الرافعي فيه ثلاثة طرق . أظهرها : أنه على القولين . والثاني : أنها من ضمان المشترى قولا واحدا ؛ لتفريطه بترك القطع . ===

وبه قال أبو حنيفة (١) ، والليث بن سعد (٢) .

وقال مالك (٣) : إن كان تلفها بجناية آدمي فهي (٤) من ضمان المشترى . وإن كانت بجائحة من السماء فان كانت قدر الثلث فصاعدا فهي من ضمان البائع . وإن كانت دون الثلث فهي من ضمان (٥) المشترى .

واستدلّ من جعل الجوائح مضمونة على البائع بحديث سفيان بن عيينـــة ، عن حميد بن قيس (٦) ، عن سليمان بن عتيق (٧) ، عـــن

=== والثالث : أنها من ضمان البائع قولا واحدا ، لأنه إذا شـــرط القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل " .
آنظر : الفتح ١٠٢/٩ ، والروضة ٥٦٢/٣ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والمنهاج مع المغني ٩٢/٢ ، والنهاية ١٥٣/٤ ، وشرح المحلى ٤٧/٢ .

(١) انظر : شرح معاني الآثار ٣٦/٤ ، وقد نسبه الى صاحبيه أيضا . وعمدة القارى ١٦/١٢ ونسبه الى جمهور السلف ، والى الثورى وأبي جعفر الطبرى ، وداود وأصحابه أيضا .

(٢) نسبه اليه ابن رشد في البداية ١٥٥/٢ ، والباجي في المنتقـــى ٢٣/٤ ، والحافظ في الفتح ٣٩٩/٤ .

(٣) أنظر في مذهبه : الموطّأ مع الزرقاني ٢٦٤/٣ ، والمدوّنة ٣١/٥ ، والمنتقى ٢٣٣/٤ والقوانين ص ٢٨٨ ، والبداية ١٥٦/٢ ، والمواهب ٥٠٥/٤ ، والخرشي ١٩١/٥ .

(٤) جـ : فهو .

(٥) ب : "فمن ضمان" بدون هي .

(٦) هو أبو صفوان حميد بن قيس الأعرج القارى ، المكي الأسدى مولاهم . وقيل : مولى عفراء ، ثقة كثير الحديث ، روى عن مجاهد ، وسليمان بن عتيق ، وعمرو بن شعيب وغيرهم . وعنه مالك وابو حنيفة والسفيانان وجماعة . توفى سنة ١٣٠ هـ . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٤٦/٣ ، والخلاصة ص ٩٤ ، الكاشف ٢٥٧/١ ، والتقريب ص ٨٤ .

(٧) هو سليمان بن عتيق المدني . وقيل المكي . روى عن جابر بن عبد الله ،
===

جابر بن عبد الله : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح".(١)

وبحديث ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : " إن بعت من أخيك ثمرا ، فأصابته جائحة فلا يحلّ لك أن تأخذ منه شيئا . لم تأخذ من مال أخيك بغير حق؟".(٢)

وهذا نصّ .

=== وابن الزبير وغيرهما . وعنه حميد بن قيس الأعرج ، وزياد بن سعد ، وابن جريج وجماعة . وثّقه النسائي وابن حبّان . وقال البخاري : لا يصحّ حديثه وقال ابن عبد البرّ: لا يحتجّ بما تفرّد به . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٤/ ٢١٠ ، والخلاصة ص ١٥٣ ، والكاشف ١/ ٣٩٨ ، والتقريب ص ١٣٥.

(١) روى كاملا و مختصرا ، فرواه بكامله الشافعي في الأم ٣/ ٤٩ ، وفي مسنده ٦/ ١٥٤ ، وأبو داود ٣/ ٢٥٤ ، والدارقطني ٣/ ٣١ ، والطحاوي في شرح المعاني ٤/ ٣٤. وروى الجزء الأول منه منفردا : مسلم ٣/ ١١٧٨ ، والنسائي ٧/ ٢٣٣ ، وابن ماجة ٢/ ٧٤٧. والشافعي في الأم ٣/ ٤١ ، وابن الجارود ص ٢٠٥. وروى الجزء الثاني منه منفردا : مسلم ٣/ ١١٩١ ، والنسائي ٧/ ٢٣٣ ، وابن الجارود ص ٢١٦.
قلت : "السنين" جمع "سنة" وبيع السنين : هو أن يبيع الانسان ثمرة نخله لأكثر من سنة ، ويقال له بيع المعاومة أيضا . والجوائح جمع جائحة وهي : الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها . ووضعها أن يترك البائع ثمن ما تلف بسببها راجع : النهاية لابن الأثير ٢/ ٤١٤ ، والمصباح ص ١١٣ ، وشرح مسلم للنووي ١٠/ ١٩٣. وقال عن بيع السنين أنه باطل بالاجماع .

(٢) أخرجه مسلم ٣/ ١١٩٠ ، وأبو داود ٣/ ٢٧٦ ، والنسائي ٧/ ٢٦٢ ، وابن ماجة ٢/ ٧٤٧ ، والطحاوي في شرح المعاني ٤/ ٣٤ ، ===

قالوا : ولأنّ الثمرة لا يتمّ قبضها إلّا بجدّها من نخلها ،بدليل أنها [(١)] لو عطشت وأضرّ ذلك بها كان للمشترى الخيار في الفسخ بحدوث هذا العيب . وما حدث من العيب بعد القبض لا يستحقّ به المشترى الخيار . واذا دلّ ذلك على أنها غير مقبوضة . وجب أن تكون تالفة من مال بائعها ،لأنّ ما لم يقبض [(٢)] مضمون على البائع دون المشترى .

قالوا : ولأنّ قبض الثمرة ملحق بمنافع الدار المستأجرة ،لأنّ العرف في الثمار أن تؤخذ لقطة بعد لقطة [(٣)] . كما تستوفى منافع الدار مدّة بعد مدّة ، فلمّا كان تلف الدار المستأجرة قبل تقضّي المدّة مبطلا [(٤)] للاجارة [(٥)] وإن حصل التمكين . وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة قبل الجداد مبطلا للبيع وإن حصل التمكين .

=== وابن الجارود ص ٢١٦ ،والدارقطني ٣ / ٣١ ،والحاكم ٢ / ٣٦ ، والبيهقي ٥ / ٣٠٦ ،وأحمد ٣ / ٣٩٤ ،والدارمي ٢ / ٢٥٢ .
قلت : وأبو الزبير وان كان معروفاً بالتدليس ولكنه صرّح بالتحديث هنا .

(١) ب ،د : أنه .

(٢) د : " ما لم يضمن " وهوتصحيف.

(٣) ج : أن يؤخذ لقطا بعد لقط.

(٤) أ ،د : " مبطل " والتصويب من ب ، ج.

(٥) قلت : هذا هوالقول المشهور لدى الشافعية الذى جزم به بعضهم . ولكن يوجد هناك قول آخر أنّ الاجارة لا تنفسخ بانهدام الدار. وذلك لأنّ العين باقية يمكن الانتفاع بها ،وإنما نقصت منفعتها . فيثبت له الخيار كما لو حدث بها عيب . ووجه القول المشهور : هو أنّ المنفعة المقصودة من الدار هي السكنى وقد فاتت فانفسخ العقد . كما لو اكترى عبدا للخدمة فمات. انظر: المهذّب ١/ ٤١٢ ،والتنبيه ص ٨٥ .

ودليل قوله في الجديد - أنّ الجوائح لا يضمنها البائع ولا يبطل بها البيع - : مارواه الشافعي عن مالك ،عن حميد ،عن أنس : " أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع / الثمار حتى تزهى . قيل : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمرّ ".[1] ٩٤/ب

وقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : " أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم[2] مال أخيه ؟ "[3]

فموضع الدلالة منه هو أنه لو كانت الجائحة مضمونة على البائع ، لما استضرّ المشترى بالجائحة قبل بدوّ الصلاح ،ولما كان لنهيه عنه حفظا لمال المشترى وجها ،لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع . فلمّا نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها لأنّ لا يؤخذ مال المشترى بغير حق ،علم أنّ الجائحة لا تكون[4] (مضمونة على البائع ،وأنها مضمونة)[4] فيما صحّ بيعه على المشترى .

وروت عمرة بنت عبد الرحمن[5] - تارة مرسلا وتارة مسندا - عن

---

(١) تقدّم تخريجه في ص : ٦٤٨ هامش (٣) .

(٢) د : " فيم يستحل أحدكم " وكذا في المستدرك للحاكم ٢ / ٣٦ .

(٣) هذا جزء من الحديث الأول . وقد ورد في المستدرك منفردا .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) هي عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة الأنصارية المدنية من فقهاء التابعين . أخذت عن عائشة - وكانت في حجرها - وجماعة . وعنها ابنها أبو الرجال ،وولداه ، والزهرى وعِدّة وثّقها الكثيرون . وكانت من أعلم الناس بحديث عائشة . ماتت سنة ٩٨ هـ وقيل بعدها وهي بنت ٧٧ سنة . أنظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ١٢/ ٤٣٨ ، والخلاصة ص ٤٩٤ ،والكاشف ٣ / ٤٧٧ ،والتقريب ص ٤٧١ .

عائشة رضي الله عنها [١] : (أنّ رجلا من الأنصار ابتاع من رجل ثمرة ،فأصيب فيها ،فسأل البائع أن يحطّه شيئا ،فحلف بالله أن لا يفعل . فأتت أمّه إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأخبرته بذلك فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : " آلى [٢] فلان أن لا يفعل خيرا ؟) [٣].

فموضع الدلالة منه من وجهين :

أحدهما : هو [٤] أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أخرج الحطّ [٥] عن المشترى مخرج الخير والفضل لا مخرج الوجوب والحتم.

---

(١) ب : بدون " رضي الله عنها ".

(٢) آلى يولي إيلاء : أى حلف ،وتألّى وأتلى مثله . انظر : المختار ص ٢٣.

(٣) أخرجه البخارى في الصلح ٣/ ٢٤٤ ، ومسلم في المساقاة ٣/ ١١٩٢، ومالك في موطئه ٥/ ٦٢١ ،والشافعي في مسنده ٦/ ١٥٥ ، وفي الأم ٣/ ٤٩ ،وأحمد ٦/ ٦٩ ، ١٠٥ ،والبيهقي ٥/ ٣٠٥ ، كلهم بمعناه ، ولفظ الموطّأ والمسند أقرب من اللفظ الذى ساقه الماوردى . والحديث مرسل عند مالك والشافعي وغيرهما . ووصله الشيخان . ولفظهما : " قالت : سمعت عائشة تقول : سمع رسول الله صلّى الله عليه وسلّم صوت خصوم بالباب عالية أصواتها واذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول : والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال : أين المتألى على الله لا يفعل المعروف ؟ فقال : أنا يا رسول الله . وله أى ذلك أحبّ ".

(٤) ب ،ج : بدون " هو ".

(٥) ب : الحظ .

والثاني : أنه لم يجبر البائع على الحطّ عن المشترى حتى بلغ البائع ذلك فتطوّع بحطّه عنه. ولو كان واجبا لأجبره عليه.

وروى الشافعي عن يحيى بن حسّان [عن بكير] (١) عن الليث ابن سعد ، عن عياض بن عبدالله (٢) ،عن أبي سعيد الخدرى : (أنّ رجلا اشترى ثمارا فأصيب فيها فكثر دينه ،فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : "تصدّقوا عليه" فتصدّق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلّا ذلك") (٣).

فلولا أنّ الجوائح مضمونة على المشترى لما أحوجه إلى الصدقة وجعل لغرمائه ما وجدوا ،ولكان يجعلها مضمونة على بائعها ويضعها عن المشترى .

---

(١) عن بكير : لا يوجد في النسخ وأثبته من دواوين السنة. هو أبو عبدالله - وقيل أبو يوسف - بكير بن عبدالله بن الأشج المخزومي - مولاهم - المدني ، نزيل مصر . روى عن السائب بن يزيد وسليمان ابن يسار وخلائق . وعنه الليث بن سعد ويزيد بن أبي حبيب وجماعة . ثقة ،وقد أثنى عليه العلماء . قال ابن المديني : "لم يكن بالمدينة بعد كبار التابعين أعلم من ابن شهاب ،ويحيى بن سعيد الأنصارى ،وأبي الزناد ،وبكير بن الأشجّ" . توفي سنة ١٢٠هـ . انظر في ترجمته : الجرح ٤٠٣/٢ ، وتهذيب الأسماء ١٣٥/١ ،والتقريب ص٤٧ .

(٢) هو عياض بن عبدالله بن عبد الرحمن بن سعد بن سرح القرشي العامرى المكي . روى عن ابن عمر ،وأبي هريرة وأبي سعيد. وعنه زيد بن أسلم وبكير بن الأشجّ وجماعة . ولد بمكة ،ثم قدم مصر مع أبيه ،ثم رجع الى مكة فلم يزل بها حتى مات على رأس المائة. انظر ترجمته في : الجرح ٤٠٨/٦ ،والخلاصة ص ٣٠١ ،والكاشف ٣٦٤/٢ ، وتهذيب التهذيب ٢٠٠/٨ ،والتقريب ص ٢٧٠ .

(٣) أخرجه مسلم ١١٩١/٣ ،وأبو داود ٢٧٦/٣ ،والنسائي ٢٣٣/٧

===

ومما يدلّ على ذلك أيضا : أنّ الثمرة تصير مقبوضة على رؤوس نخلها بالتمكين والتخلية بدليل أنّ للمشترى بيعها بعد التمكن منها. ولو لم تكن مقبوضة لم يجز. وما تلف بعد القبض كان من ضمان المشترى دون البائع.

ثم من الدليل على مالك:[1] أنّ كل ما كان مضمونا على المشترى فيما دون الثلث كان مضمونا عليه فيما زاد على الثلث قياسا على غير الثمار.

فان قال مالك: أنّ ما دون الثلث يلقطه الطير وتنثره النخلة غالبا، فضمنه المشترى للعرف فيه. وليس كذلك ما زاد على الثلث بالجائحة.

قيل: هذا غلط، لأنّ ما يكون من ضمان أحد المتبايعين لا يقع الفرق فيه بين تلف قليله أو كثيره بعرف[2] معتاد[3] / وغيره. ٩٥/أ

ثم يقال: لم جعلته محدودا بالثلث؟ وهلّا حدّدته بأقلّ منه أو أكثر؟ فان قال: لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم جعل الثلث في حدّ الكثرة وما دونه في حدّ[4] القلّة، فقال: "الثلث والثلث كثير".[5]

=== وابن ماجة ٢/٧٨٩، والطحاوى ٤/٣٥، والبيهقي ٥/٣٠٥، كلهم بنحوه ببعض المفارقات اللفظية.

(١) على مالك: أثبته من ب. وفي سائر النسخ: "على ذلك" وهو تصحيف.

(٢) بعرف: أثبته من ب. وفي سائر النسخ: "بغرق" وهو تصحيف.

(٣) ج: "معتادة".

(٤) ج: "في ضدّ" وهو تصحيف.

(٥) هذا جزء من حديث طويل روى عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: عادني النبيّ صلّى الله عليه وسلّم عام حجة الوداع من مرض

===

قيل : فالثلث جعله النبيّ صلّى الله عليه وسلّم [(١)] في حكم ما دونه في جواز الوصيّة به. وأنت جعلته في حكم ما زاد عليه ، فقد خالفت فيما تعلّقت به . ومعنى قوله " والثلث كثير " أى : أكثر القليل ،لا أجل أنه ملحق بما هو أقلّ منه.

وأمّا الجواب من حديث سفيان :" أنه أمر بوضع الجوائح " فمن ثلاثة أوجه : [(٢)]

أحدها : ما قاله الشافعي [(٣)] : إنه حديث معلول لا يصح الاحتجاج به ،لأنّ سفيان وهّنه ،لأنه قال : " قد كان بعد نهيه عن بيع السنين وقبل أمره بوضع الجوائح كلام لم أحفظه ". ويجوز أن يكون فيما لم يحفظه ما يدلّ على مراده بوضع الجوائح ، ويصرف حكمه عن ظاهره.

والجواب الثاني - وهو قول أبي اسحاق - : أنه محمول على وضع الجوائح في بيع السنين المقترن به وما في معناه من بيوع الثمار الفاسدة .

=== أشفيت منه على الموت . فقلت : يارسول الله ، بلغ بي من الوجع ماترى وأنا ذو مال ،ولا يرثني إلاّ ابنة لي واحدة ،أفأتصدّق بثلثي مالي ؟ قال : لا . قال : فأتصدّق بشطره ؟ قال : لا . قال : " الثلث يا سعد . والثلث كثير . إنك أن تذر ذريتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفّفون الناس ".
أخرجه البخارى ٨٧/٥ - واللفظ له - ٨١/٧ ، ٩٩/٨ ، ١٨٧/٨ . ومسلم ١٢٥٠/٣ ، وأبو داود ١١٢/٣ ،والترمذى ٤٣٠/٤ ،والنسائي ٢٠١/٦ ،وابن ماجة ٩٠٤/٢ ،ومالك ٧٦٣/٢.

(١) أ : " عليه السلام " والمثبت من باقي النسخ .

(٢) وعلاوة عليها فقد حملوا الأمر بالوضع على الندب . انظر : الفتح ١٠٢/٩.

(٣) انظر : مسنده ١٥٤/٦ ،والأمّ ٤٩/٣ ،ومختصر المزني ١٧٢/٢-١٧٣.

والجواب الثالث لبعض المتأخرين من أصحابنا : [١] أنّ أمره بوضع الجوائح محمول على وضعها عن البائع دون المشترى ؛ لأنه يحتمل الأمرين وليس أحدهما أولى من الآخر.

وأمّا الجواب عن الخبر الثاني قوله : " فلا تأخذ منه شيئا " فمن وجهين :

أحدهما - وهو جواب [٢] الطحاوى [٣] - : أنه محمول على ما قبل التسليم.

والثاني : أنه محمول على الندب والإرشاد كما قال : " تألّى [٤] فلان أن لا يفعل [٥] خيرا ".

---

(١) لم أعثر على قائله .

(٢) أنظر جوابه في شرح معاني الآثار ٣٥/٤.

(٣) هو أبو جعفر أحمد بن محمّد بن سلامة الأزدى المصرى ، الفقيه الحنفي المشهور ، وصاحب التصانيف البديعة ، وأحد الثقات الاثبات ، والحفّاظ الجهابذة . كان شافعيا يقرأ على خاله المزني . وكان يكثر النظر في كتب أبي حنيفة فقال له خاله : " والله لا يجيء منك شيء " فغضب وانتقل من عنده ، وتفقّه في مذهب أبي حنيفة حتى انتهت اليه رياسته .
وله من الكتب : كتاب شرح معاني الآثار ، ومشكل الآثار ، والمختصر ، وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير ، وكتاب الشروط الكبير ، والصغير ، وغيرها . توفى سنة ٣٢١هـ عن ٨٢ سنة . والطحاوى نسبة الى " طحا " قرية من قرى صعيد مصر. انظر ترجمته في : طبقات الشيرازى ص ١٤٢ ، والبداية والنهاية ١٧٤/١١ ، والتذكرة ٨٠٨/٣ ، والشذرات ٢٨٨/٢ ، وطبقات المفسّرين للداودى ٧٣/١ ، والفوائد البهية ص ٣١.

(٤) أ ، ج : " يألى " والمثبت من ب ، د .

(٥) د : " أن يفعل " بسقوط حرف النفي .

وأمّا الجواب عن قولهم : " إنها على رؤوس نخلها غير مقبوضة لأجل ما ثبت له من الخيار بحدوث العطش " فمن وجهين :

أحدهما : - وهو جواب ابن أبي هريرة - : أنّ ثبوت الخيار لا يمنع من ثبوت القبض . قال : لأنّ المقبوض في خيار الثلاث يستحق ردّه بما حدث من العيوب في زمان الخيار وإن كان القبض تامّا ، فكذا الثمرة . ولا يكون الخيار دليلا على عدم القبض .

والجواب الثاني : أنّ خيار العطش إنما استحقّ المشترى لوجوب السقي على البائع . ولم يكن له بالتلف رجوع ، لأنّ الحطّ لا يجب على البائع . وقول ابن أبي هريرة : (١) " إنّ ما حدث بيد المشترى (٢) من العيب في زمان الخيار يستحق به الردّ " ليس (٣) بصحيح عندى . بل لا خيار له فيه ، لأنه بالقبض قد صار مضمونا على المشترى ، فما حدث من النقص كان من ماله ، لأنه في ضمانه. (٤)

وأمّا الجواب / عن الاستدلال بالدار المؤاجرة ، فلا يصحّ ٩٥/ب الجمع بينهما لأنّ ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال ولا يقدر المستأجر على قبضه ، فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدّة . وليست الثمرة كذلك ، لأنها موجودة يمكن المشترى أن يتصرّف فيها ويجدّ في

---

(١) ب : ابن أبي هريرة رحمه الله .

(٢) د : في يد المشترى .

(٣) ب : فليس . وفي سائر النسخ " وليس " والصواب ما أثبته .

(٤) قلت : وما قاله الماوردى هو المذهب الذى صرّح به الأصحاب انظر : الفتح ٨/ ٣٣١ ، والتكملة ١٢/ ١٢٧ ، والمنهاج مع المغنى ٢/ ٥٢ .

الحال جميعها [١] ، فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكّن [٢] منها.[٣]

- فصـــل -

وإذ قد تقرّر ما ذكرنا فسنستوفى حكم تلفها في جميع أحوالهـــا ، فنقول : إنه لا يخلو حال تلفها من بعد العقد من ثلاثة أقســام :
أحدها : أن تتلف قبل التسليم . والثاني : بعد التسليم وقبل الجداد . والثالث بعد التسليم والجداد .

فان تلفت قبل التسليم لم يخل تلفها من ثلاثة أحوال : إمّاأن يكون بجائحة من السماء أو بـجناية [٤] آدمي غير البائع [٥] ،أو بجنايـة البائع.

فان تلفت بجائحة من السمـاء كانت من ضمان البائع وبطل البيع لا يختلف، لأنّ تلف المبيع قبل القبض مبطل للبيع .

وإن تلفت بجناية آدمي غير البائع ففي بطلان البيع قولا ن : [٦]
أحدهما : قد بطل [٧] كما لو تلفت بجائحة سماء.
والثاني : لا يبطل البيع ،لأنّ بدلها مستحقّ على الجاني . لكن يكون المشترى بالخيار لحدوث الجناية بين الفسخ والرجوع بالثمن ، وبين إمضاء البيع بالثمن ومطالبة الجاني بمثل الثمرة أو قيمتها إن لم يكن لها مثل .

---

(١) د " في الحال بيعها " وهو تصحيف.
(٢) ب ،ج : بعد التمكين .
(٣) ب : بزيادة " والله أعلم ".
(٤) ج : " أو بجائحة " وهو تصحيف .
(٥) غير البائع : ساقط من ب ،جـ .
(٦) والقول الثاني هو الأظهر وبه قطع بعضهم . انظر : المنهاج مع المغني ٢/ ٦٧ .
(٧) ج : " يبطل " وهو تصحيف.

وإن تلفت بجناية البائع ففيه وجهان [١] حكاهما ابن سريج :

أحدهما : أنّ جناية البائع كجائحة من السماء . فعلى هذا يكون البيع باطلا قولا واحدا .

والثاني : أنها كجناية الأجنبي . فعلى هذا في بطلان البيع بها قولان . فهذا الحكم في تلفها قبل التسليم .

وأمّا القسم الثاني : وهو أن يكون تلفها بعد التسليم وقبل الجداد ، فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون المشترى قد تمكّن [٢] من جدادها بعد التسليم فأخّره حتى تلفت [٣] ،فيكون من ضمان المشترى ولا يبطل به البيع في الأحوال كلها ،سواء كان تلفها بجائحة أو جناية ،لأنّ تأخير الجداد مع الإمكان تفريط منه. [٤]

والضرب الثاني : أن لا يتمكّن [٥] المشترى من جدادها حتى تلفت . فينظر في سبب تلفها فانه لا يخلو من الأحوال الثلاثة :إمّا بجائحة سماء ،أو جناية أجنبي ،أو جناية البائع . فان كان تلفها بجائحة سماء ففي بطلان البيع به قولان مضيا .

وإن كان تلفها بجناية أجنبي ،فان قيل : إنّ البيع لا يبطل بجائحة السماء ،فأولى أن لا يبطل بجناية الآدمي . وإن قيل : إنه يبطل بجائحة السماء ففي بطلانه بجناية الآدمي قولان .

---

(١) والوجه الأوّل هو المذهب وبه قطع بعضهم . المنهاج مع المغني ٦٧/٢.

(٢) ج " قد يمكن " وهو خطأ .

(٣) ب : " تلف " وهو خطأ .

(٤) ب : بزيادة " والله أعلم ".

(٥) ج : " لا يمكن " وهو خطأ .

وإن كان تلفها بجناية البائع فأحد الوجهين : أنه[1] يكون كجائحة السماء ،فيكون في بطلان البيع قولان . والوجه الثاني : أنه كجناية الأجنبي على ما مضى . فهذا الحكم في / تلفها بعد التسليم وقبل الجداد[2] . ٩٦/أ

وأمّا القسم الثالث : وهو أن يكون تلفها بعد الجداد ،فالبيع ماض لا يبطل بتلفها على الأحوال كلها لاستقرار القبض وانقضاء علق العقد . وتكون مضمونة على الآدمي بالمثل ،أو بالقيمة إن لم يكن لها مثل . والله أعلم.[3]

* * *

---

(١) ج : أنها.

(٢) ب : " وبعد الجداد " وهو خطأ . وأيضا بزيادة " والله أعلم".

(٣) راجع في جزئيات هذا الفصل : المهذّب ٣٠٣/١ ،والفتح ١٠١/٩ ، والروضة ٥٦٢/٣ ،والمنهاج مع المغني ٦٧/٢ ، وأسنى المطالب ٨١/٢ .

[- باب المحاقلة والمزابنة -]

قال الشافعي : (أخبرنا سفيان ، عن ابن جريج ،عن عطاء[1] ، عن جابر[2] قال : نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن المحاقلة والمزابنة . والمحاقلة : أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق[3] حنطة . والمزابنة : أن يبيع التمر في رؤس النخل بمائة فرق تمر.

وعن ابن جريج قال : قلت لعطاء ما المحاقلة ؟ فقال : " المحاقلة في الحرث كهيئة[4] المزابنة في النخل سواء . وهو أن يبيع الزرع[5] بالقمح " قال ابن جريج : " قلت لعطاء : أفسّر[6] لك جابر المحاقلة كما أخبرتني ؟ " قال : نعم.)[7]

---

(١) هو عطاء بن أبي رباح ، تقدمت ترجمته في ص : ٨٣ هامش(٦) .

(٢) م : جابر بن عبد الله .

(٣) الفرق : بفتح الفاء وتحريك الراء واسكانها ثلاثة عشر رطلا بالبغدادى وثلاثة آصع . وهو يعادل ٦٥٢٨ غراما من الحبوب . و يعادل ٨ر٢٦٣ لترا من الماء . أنظر : الإيضاح والتبيين مع تعليق الأستاذ محمّد الخاروف . وفي التكلمة ١١/ ٤٥ : وقوله " بمائة فرق " المقصود بذلك على جهة المثال ،لا أنه تحديد .

(٤) ب : " كهذه "وهو تصحيف .

(٥) م : سواء بيع الزرع .

(٦) ب : " أبيّن لك " م : " أفسّر لكم".

(٧) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٧٣ - ١٧٤. والحديث رُوى مطوّلا ومختصرا عن عدد من الصحابة منهم أنس ،وأبو سعيد الخدرى ، وابن عبّاس ،وجابر . أخرجه البخارى ٣/ ٩٨ ، ٩٩ ، ١٥١ ، ومسلم ٣/ ١١٧٤ ،وأبو داود ٣/ ٢٦٢ ،والترمذى ٣/ ٥٢٧ ، والنسائي ٧/ ٢٣١ ، ٢٣٧ ، وابن ماجة ٢/ ٧٦٢ . والشافعي

===

وهذا كما قال . قد ثبت بهذا الحديث المروى عن عطاء عن جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة .

وروى حمّاد (١) عن أيوب ، عن أبي الزبير ،عن جابر قال :

(نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن المحاقلة ،والمزابنة ،والمخابرة ، والمعاومة (٢) ،وعن الثُنيّا . ورخّص في العرايا .) (٣)

فأمّا المحاقلة : (٤) فهو بيع الطعام في سنبله بطعام مصفّى .

والمحقل هو السنبل . (٥) وهو في لسان العرب : (٦) الموضع الذى يكون فيه الشيء كالمعدن . وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام في محقله " (٧) يعني في سنبله .

=== في مسنده ١٥٥/٦ ،وفي الأمّ ٥٤/٣ وفيها : " وتفسير المحاقلة والمزابنة في الأحاديث يحتمل أن يكون عن النبي صلى الله عليه وسلم منصوصا ويحتمل أن يكون على رواية من هو دونه " ورواه الطحاوى ١٣/٤ ،والبيهقي ٣٠٧/٥ أيضا .

(١) هو حمّاد بن زيد كما وقع التصريح به في رواية ابن ماجة وغيره .

(٢) د : " المقاومة " وهو تصحيف .

(٣) أخرجه مسلم ١١٧٥/٣ ،وأبو داود ٢٦٢/٣ ، والترمذى ٦٠٥/٣ ، ولا يوجد فيه " وعن الثنيّا " والنسائي ٢٦٠/٧ ،وابن ماجة ٧٦٢/٢ مختصرا على النهي عن المحاقلة والمزابنة ،وابن الجارود ص ٢٠٥ .

(٤) راجع في تعريفها :لسان العرب ١٦٠/١١ ،ومقاييس اللغة ٨٨/٢ ، والمختار ص ١٤٧ ،والنظم المستعذب ٢٨٢/١ .وفي الفتح ٨٩/٩ نقل عن مالك : أنّ المحاقلة هي اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث والربع أو غيرهما ".

(٥) لم أجد المحقل بمعنى السنبل في معاجم اللغة .

(٦) لم أجد اللفظ المذكور بالمعنى المذكور في معاجم اللغة .

(٧) لم يرد بلفظ " المحقل " بل ورد في الأحاديث بلفظ السنبل كما تقدّم في ص " ٦٧٦ ".

فاذا ثبت هذا ،فبيع الطعام في سنبله بالطعام المصفّى لا يجوز لعلتين : إحداهما : خوف الربا للجهل بتماثله . والثانية : فقد مشاهدة ما في سنبله .

وهكذا سائر الزروع لا يجوز أن يباع الجنس منها قائما في زرعه بما قد صفّي من جنسه ، فان كان مستورا في كمام كالأرز والعلس (١) لم يجز لعلتين كالحنطة . وإن كان بائنا (٢) بلا كمام كالشعير لم يجز لعلة واحدة . وهو خوف الربا . فعلى هذا يجوز بيعه بالدراهم لزوال هذه العلة . وما حرم بيعه لعلتين لم يجز بيعه بالدراهم ،لبقاء إحدى العلتين . (٣)

- فصـــل -

وأمّا المزابنة : فهي بيع الرطب على نخله بتمر في الأرض (٤) .
والمزابنة في كلامهم " المدافعة " (٥) ولهذا سمّوا زبانية لأنهم يدفعون أهل

---

(١) في المختار ص ٤٥٠ : "العلس : بفتحتين ،ضرب من الحنطة تكون حبتان في قشر ،وهو طعام أهل صنعاء ".

(٢) ب : بارزا .

(٣) انظر: المهذّب ٢٨٢/١ ،والوجيز ١٥٠/١ ،والفتح ٨٦/٩ ، والروضة ٥٦٠/٣ ،والتكملة ٤٧/١١ ،والمنهاج مع المغني ٩٣/٢ ، والنهاية ١٥٧/٤ ،وشرح الجلال المحلى ٢٣٨/٢.

(٤) أنظر : في تعريف بيع المزابنة وأحكامه المراجع السالفة . وقد نقل في الفتح عن مالك :"أن المزابنة هي ضمان الصبرة بقدر معلوم ، بأن يقول : أضمن لك صبرتك بكذا صاعا . إن زاد فلي ، وان نقص فعليّ ".

(٥) انظر : المختار ص ٢٦٨ ،والمصباح ص ٢٥١ ، والنظم المستعذب ٢٨٢/١.

النار[١] إلى النار ،وقالوا[٢] : زبنت الناقة برحلها[٣] : إذا دفعته.[٤]

قال الشاعر :

وستعجب مما يرى من أناتنا[٥]

فلو زبنته الحرب لم يترمرم[٦] / ٩٦/ب

فسمّي بيع الرطب بالتمر مزابنة ،لأنه قد دفع التمر بالرطب[٧].

وبيعه لا يجوز لعلة واحدة ،وهي خوف الربا[٨] ،لعدم تماثله . ويجوز بالدراهم لعدم هذه العلة .

ثم هكذا بيع العنب في كرمه[٩] بالزبيب لا يجوز ، وكذا

---

(١) أهل النار : أثبته من ج وهو ساقط من باقي النسخ .

(٢) ج : ويقال ـ

(٣) ج ، د : "برجلها " ويأباه السياق .

(٤) ب ،ج : "دفعت " د : " دفعه ".

(٥) أ ،د " اغاثنا " . ب : " أناتينا " .ج : " إنايتا " والتصويب من مصادر تخريج البيت.

(٦) قاله أوس بن حجر . انظر: ديوانه ص ١٢١ ،وأساس البلاغة ص ٢٦٦ . وخزانة الأدب ٣/ ٤٩٥ ،والمحتسب لابن جنّي ٢/ ١٠٨ والصحاح ٥/ ١٩٣٧ وفيها : "وترمرم : إذا حرّك فاه للكلام".

(٧) وقال الشربيني في المغني (٢/ ٩٣) في وجه تسميته : " والمزابنة مأخوذة من الزبن ـ بفتح الزاى وسكون الباء ـ وهو الدفع لكثرة الغبن فيها . فيريد المغبون دفعه والغابن إمضاءه فيتدافعان". وقال الرملي في النهاية :" المزابنة من الزبن وهو الدفع ،سمّيت بذلك لبنائها على التخمين الموجب للتدافع والتخاصم."

(٨) ج : وهي حدوث الربا " وهوتصحيف .

(٩) الكرْم ـ بسكون الراء ـ يقال لشجر العنب كما في المختار ص٥٦٨ . ولكن ورد في الأحاديث النهي عن تسميته بذلك.

بيع سائر الثمار في شجرها بجنسها يابسة (١) لا يجوز ، واختلف أصحابنا هل كان بيعها غير جائز لدخولها في اسم المزابنة أو قياسا عليها ؟ وهكذا اختلفوا في سائر الزروع هل منع من بيعها بجنسها لدخولها في المحاقلة أو قياسا عليها ؟

فأحد الوجهين (٢) - وهو ظاهر نصّ الشافعي رضي الله عنه - (٣) : أنّ بيع ذلك لا يجوز (٤) ، لدخول سائر الثمار في اسم المزابنة ، ودخول سائر الزروع في اسم المحاقلة . فكان تحريمه نصّا لا قياسا .

والوجه الثاني - وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة - : أنّ النصّ في المحاقلة (٥) والمزابنة مختصّ (٦) بالحنطة والنخل . وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحاقلة . وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة . فكان تحريمه قياسا لا نصّا . (٧)

وأمّا المخابرة : فهو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وله باب. (٨)

وأمّا المعاومة : فهو في معنى بيع السنين ، فسنذكره . وأمّا بيع الثنّيا ، فقد مضى ، وأمّا العرايا فيأتي .

---

(١) أ ، د : " يابسا " والتصويب من ب ، ج .

(٢) د : وهم اختلفوا فأحد الوجهين .

(٣) ب : " الشافعي " فقط ، ج : " الشافعي رحمه الله " .

(٤) ب ، ج : لم يجز .

(٥) ب : " المخالقة " وهو تصحيف .

(٦) ج ، د : يختصّ .

(٧) ذكر السبكي في تكلمته ١١ / ٥١ الوجهين المذكورين نقلا عن الحاوى .

(٨) له باب مستقل في كتاب الإجارة ، وليس هنا .

- مسألة -

قال الشافعي : [فأمّا أن يقول : أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعا فما زاد فلى ، وما نقص فعليّ تمامها . فهذا من القمار والمخاطرة وليس من المزابنة .](١)

وهذا صحيح . إذا أتى(٢) رجل صبرة طعام لغيره فقال لربّها : أنا أضمنها لك بعشرين صاعا فان نقص فعليّ ضمانها(٣) وان زادت فلي(٤) زيادتها(٥) . أو أتى قراحا(٦) فيه بطّيخ فقال لربّه : أنا أضمنه لك بألف بطّيخة فان زادت فلي وان نقصت فعليّ . أو أخذ ثوبا لرجل فقال : أنا أقطعه لك قميصا فان(*) نقص أتممته وإن زاد أخذت الزيادة . فهذا فاسد وحرام باتفاق .

وإنما اختلفوا في جهة فساده . فقال مالك(٧) : لأنه في معنى المزابنة وقال الشافعي : إنما فسد لأنه مخاطرة وقمار وليس بمزابنة ؛ لأنّ المزابنة مبايعة وهذا موضوع على أن يدفع عند النقصان ما لا يأخذ عوضه . ويأخذ عند الزيادة ما لا يعطى(٨) بدله . فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة .

* * *

---

(١) انظر: مختصر المزني ٢/١٧٥.
(٢) أثبته من ب. وفي سائر النسخ " إذا أبرز ".
(٣) ب : فعليّ نقصانها .
(٤) ب ،د : " فعليّ " وهو خطأ .
(٥) ج : زيادته .
(٦) القراح : بالفتح المزرعة التي ليس عليها بناء ،ولا فيها شجر. والجمع : أقرحه. انظر : الصحاح ١/٣٩٦ ،والمختار ص ٥٢٨.
(٧) انظر: الموطأ ٢/٦٢٦ ،والمنتقى ٤/٢٤٦ ،وشرح الزرقاني ٣/٢٧٠.
(٨) د : " ولا يعطى " وهو خطأ .
(*) أ د : " وان " والتصويب من ب ج .

[- باب بيع العرايا -] (١)

قال الشافعي رحمه الله (٢) : (أخبرنا مالك ،عن داود بن الحصين (٣) ، عن أبي سفيان (٤) مولى ابن أبي أحمد (٥) ،عن أبي هريرة : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق (٦) أو في خمسة أوسق / الشكّ من داود ". (٧) ٩٧/أ

وقال ابن عمر : "نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الثمر بالتمر إلاّ أنه أرخص في بيع العرايا .) (٨) الفصل . (٩)

----

(١) م : باب العرايا .

(٢) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه .

(٣) هو المحدّث المشهور أبو سليمان داود بن الحصين المدني الأموي مولى عمرو بن عثمان بن عفّان . روى عن عكرمة والأعرج وجماعة . وعنه محمّد بن اسحاق ومالك وآخرون . وثّقه يحيى ابن معين وغيره . وضعّفه أبو حاتم وقوم . توفى سنة ١٣٥هـ وهو ابن ٧٦ سنة ورُمي برأي الخوارج . انظر : الجرح ٤٠٨/٣ ، وتهذيب التهذيب ١٨١/٣ ،وتهذيب الأسماء ١٧٢/١ ، والخلاصة ص١٠٩ ،وميزان الاعتدال ٥/٢ ،والتقريب ص ٩٥ .

(٤) هو مشهور بكنيته ولا يصحّ له اسم غير كنيته . وقيل اسمه قُزمان ، وقيل غير ذلك . وهو مولى ابن أبي أحمد . وقال ابن سعد : " هو مولى لبني عبد الأشهل وكان له انقطاع إلى ابن أبي أحمد فنسب الى ولائه " روى عن أبي هريرة وأبي سعيد وغيرهما . وعنه ابنه عبدالله ،وداود بن الحصين وجماعة . توفى بعد المائة . أنظر : تهذيب الأسماء ٢٤٠/٢ ،والخلاصة ص٤٥١ ، وتهذيب التهذيب ١١٣/١٢ ، والتقريب ص٤٠٩ .

(٥) هو عبدالله بن أبي أحمد جحش بن رئاب الأسدى . ولد في حياة النبيّ صلّى الله عليه وسلّم . وروى عن أبيه وعلي بن أبي طالب

===

أمّا العرايا: فجمع عَرِيّة . والعَرِيّة في اللغة : ما تفرّد بذاته وتميّزعن غيره . يقال : قد عَرِيَ الرجلُ إذا تجرّد من ثيابـــــه .

=== وجماعة . وعنه ابنه بُكير وغيره . وهو من كبار التابعيـــن . وعدّه أبو نعيم وغيره في الصحابة . انظر : تهذيب التهذيـب ١٤٣/٥ ،والخلاصة ص ١٩٠ ،والتقريب ص ١٦٧.

(٦) أوسـق : جمع وَسْق بفتح الواو ،وحكى بعضهم الكسر لغة. مكيال مقداره ستون صاعا ، أنظر : الصحاح ١٥٦٦/٤ ، والمصباح ص ٧٢١.

(٧) أخرجه البخاري ٩٩/٣ ، ١٥١ ،ومسلم ١١٧١/٣ ،وأبو داود ٢٥٢/٣ ،والترمذي ٥٩٥/٣ ،والنسائي ٢٣٥/٧ ،ومالك ٦٢٠/٢ ،والشافعي في الأمّ ٤٧/٣ ،وفي مسنده ١٥٤/٦، وابن الجارود ص ٢٢١ ،والطحاوي ٣٠/٤.

(٨) أخرجه البخاري ٩٨/٣ . ومسلم ١١٦٨/٣ ،والنسائي ٢٣٣/٧ ، والترمذي ٥٩٤/٣ ،وابن ماجة ٧٦٢/٢ ،والشافعي في الأمّ ٤٧/٣ ،والطحاوي ٢٩/٤ ، كلهم بنحوه بألفـــاظ متقاربة . ويوجد في بعض الطرق واسطة زيد بن ثابت بيـن ابن عمر، وبين النبيّ صلّى الله عليه وسلّم .

(٩) انظر : مختصر المزني ١٧٥/٢ - ١٧٨.

وبعد أن ذكر حديث محمود بن لبيد ،وسهل بن أبي حثمة قـال المزني : "اختلف ما وصف الشافعي في العرايا ،وكرهت الإكثار، فأصحّ ذلك عندي ما جاء فيه الخبر وما قال في كتاب اختلاف الحديث وفي الإملاء أنّ قوما شكوا إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه لا نقـد عندهم ولهم تمر من فضل قوتهم ،فأرخص لهم فيها ".

وسُمّي ساحل البحر[١] العراء ،لأنه قد خلا من النبات وتميّز عن غيره من الأرض . قال الله تعالى : ﴿ فنبذناه بالعراء ﴾[٢] . فكان العرايا في النخل أن يفرد بعض نخل الحائط عمّا سواه حتى يصير متميّزا من الجملة[٣] .

والعرايا على ثلاثة أقسام : مواساة ، ومحاباة ، ومراضاة .[٤]

فأمّا المواساة : فهو أن يتصدّق الرجل ببعض نخله على الفقراء ويمنح به قوما بأعيانهم من المساكين ويفرده عن باقي ملكه فتصير عريّة متميّزة . وهذا مستحبّ . وقد روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه كان يقول لخرّاصه : (خفّفوا[٥] [في][٦] الخرص ، فان في المال العريّة والوصيّة)[٧] يعنى ما ذكرنا من المواساة .

---

(١) ج : ما حول البحر.

(٢) سورة الصافات : ١٤٥.

(٣) انظر في معنى العريّة ومشتقّاتها : اللسان ١٥/٤٩ ، والصحاح ٦/٢٤٢٤ ، وتهذيب الأسماء ٣/١٨ ، وتصحيح التنبيه ص ٦٥ ، والنظم المستعذب ١/٢٨١.

(٤) انظر : الأمّ ٣/٤٨.

(٥) ب ،ج : " حقّقوا " وهو خطأ.

(٦) في : ليس في النسخ وأثبته من مصادر تخريجه.

(٧) روى عن مكحول مرسلا أخرجه ابن أبي شيبة ٣/١٩٥ ، وأبو عبيد في كتاب الأموال ص ٦٥٦ ، والطحاوى ٤/٣٣ ، وأشار اليه البيهقي ٤/١٢٤ .
كما رُوى مسندا عن جابر بن عبد الله أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : " احتاطوا لأهل الأموال في الواطئة والعاملة والنوائب ، وما وجب في الثمر من الحق " أخرجه البيهقي واللفظ له ، وأبو عبيد بمعناه . وضعّفه البيهقي وابن التركماني في الجوهر النقي

===

وأمّا المحاباة : فهو[1] أنّ الخرّاص كانوا إذا خرصوا نخل رجل تركوا بعض نخله عريّة لا تخرص عليه ليأكلها علما بأنه سيتصدّق منها بأكثر من عشرها . وهذا جائز . قد روى[2] سهل بن أبي حثمة[3] : "أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : "إذا خرصتم فدعوا لهم الثلث أو فدعوا لهم الربع".[4]

=== من أجل مسلم بن خالد . قال : وساق صاحب الميزان هذا الحديث من أحاديثه المنكرة.

وقد رُوى عن عمر موقوفا أنه قال : " خفّفوا على الناس في الخرص فان فيه العرّية والوطيئة والأكلة " قال الوليد : قلت لأبي عمر - يعني الأوزاعي - وما العرّية ؟ قال : النخلة والنخلتين والثلاث يمنحها الرجل الرجل من أهل الحاجة . قلت : فما الأكلة ؟ قال : أهل المال يأكلون منه رطبا فلا يخرص ذلك ويوضع من خرصه . قال : قلت : فما الوطيئة ؟ قال : من يغشاهم ويزورهم ".

أخرجه البيهقي واللفظ له ، وأخرجه أبو عبيد بنحوه.

(١) فهو : أثبته من ب. وفي سائر النسخ : "وهو" خطأ.

(٢) أثبته من ب. وفي باقي النسخ : " قد رواه " ويأباه السياق.

(٣) تقدّمت ترجمته في ص : ٤٧٤ هامش (٢) .

(٤) أخرجه أبو داود ١١٠/٢ ، والترمذى ٣٥/٣ ، والنسائي ٣٢/٥ ، وأحمد ٤٤٨/٣ ، ٢/٤ ، ٣ ، وابن الجارود ص ١٣٠ ، والدارمي ٢٧٢/٢ ، والطحاوى ٣٩/٢ ، وابن خزيمة ٤٢/٤ ، والحاكم ٤٠٢/١ ، وابن أبي شيبة ١٩٤/٣ ، والبيهقي ١٢٣/٤ كلهم بنحوه بألفاظ متقاربة . ولفظ الترمذى :

" إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث . فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع". والحديث سكت عنه أبو داود ، وصحّحه الحاكم والذهبي . وقال ابن حجر في تلخيصه : " في إسناده عبد الرحمن بن مسعود بن نيار الراوى عن سهل بن أبي حثمة . وقد قال البزّار :

===

وأمّا المراضاة : فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المراد بها .

فذهب الشافعي [(١)] الى أنها بيع الرطب خرصا على رؤوس النخل بمكيلته تمرا على الأرض في خمسة أوسق أو أقلّ مع تعجيل القبض . [(٢)]

وقال مالك [(٣)] : هذه العريّة هو أن يهب الرجل ثمر نخلات من حائط فتتمّ الهبة عنده بالقبول وحده ، ثم يكره مشاركة غيره ولا يقدر على الرجوع في هبته . فله أن يبتاع ذلك جبرا بخرصه تمرا [(*)] . ويجريه مجرى الشفعة خوفا من سوء المشاركة .

وقال أبوحنيفة [(٤)] : بل هذه العريّة أن يهب الرجل ثمر نخلات لا يقبضها . ثم يبدو له فيكره الرجوع فيها فيتراضيا على تركها

(*) تمرا : أثبته من ب ج . وليس في أ د .

=== إنه تفرّد به . وقال ابن القطّان : لا يعرف حاله " . وقال النووي في المجموع ٤٧٩/٥ : " إسناده صحيح إلاّ عبد الرحمن فلم يتكلّموا فيه بجرح ولا تعديل ولا هو مشهور ، ولم يضعّفه أبو داود " .

قلت : والحديث يتقوّى أيضا بشواهد ، التي ذكرها الحاكم وأشار اليها الترمذي .

(١) وهو مذهب جمهور أهل العلم منهم أحمد ، والأوزاعي ، واسحاق ، وابن المنذر ، وأبو عبيد ، وأهل المدينة ، وأهل الشام ، وحكي عن مالك أيضا . انظر المغني لابن قدامة ٤٥/٤ ، وتكملة السبكي ١٠/١١ ، والإفصاح ٢١٨/١ .

(٢) راجع في مذهب الشافعي : الأمّ ٤٥/٣ ، والتنبيه ص ٦٥ ، والمهذّب ٢٨١/١ ، والفتح ٩٠/٩ ، والروضة ٥٦٠/٣ ، والنهاية ١٥٧/٤ ، والمغني ٩٣/٢ ، وشرح المحلى ٢٣٨/٢ .

(٣) راجع في مذهبه : المنتقى للباجي ٢٢٧/٤ ، والمدوّنة ٢٥٨/٤ ، وبداية المجتهد ١٨٠/٢ ، والخرشي ١٨٧/٥ .

(٤) راجع في مذهبه : شرح معاني الآثار ٣١/٤ ، وعمدة القارى ٢٩٩/١١ ، ٣٠٢ ، والبدائع ٣١٣١/٧ ، والتبيين ٤٨/٤ ، والهداية مع

===

ودفع خرصها تمرا مكانها فيجوز. فأمّا بيع الرطب على النخل خرصابمثله من التمر[1] على الأرض[*] كيلا فلا يجوز استدلالاً بحديث مالك، عن نافع، عن ابن عمر: "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن المزابنة. والمزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب[2] كيلا."[3] وهذا عامّ.

وروى[4] جابر، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: "أنه نهى

=== شرحي الفتح والعناية ٦/٤١٥، وقد جاء في العناية:
" وتأويلها: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشقّ على المُعْرِى دخول المُعْرَى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خُلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مخلفا لوعده.
ثم قال البابرتي: وبه نقول، لأنّ الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب، فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة. ويسمّى بيعا مجازا، لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرّز عن خلف الوعد. واتفق أنّ ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظنّ الراوى أنّ الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده".

(١) من التمر: أثبته من ب ج. وليس في أ د.
(٢) د: بيع الزبيب بالعنب.
(٣) أخرجه البخارى ٣/٩٦، ومسلم ٣/١١٧١، والنسائي ٧/٢٣٤، ومالك ٢/٦٢٤، وابن حزم في المحلّى ٨/٤٦٥، والبيهقي ٥/٣٠٧.
(٤) ب: وقد روى.
(*) على الأرض: ليس في ب ج. وفي د: "على الأصل" وهوتصحيف.

عن بيع كل ثمرة[1] بخرص"[2] وهذا أخصّ .

قال : ولأنه لمّا لم يجز بيع الرطب بالتمر خَرْصا إذا كان على الأرض فأولى أن لا يجوز على النخل . وتحريره قياسا : أنه بيع رطب بتمر خرصا فأشبه إذا كان على الأرض .

قال : ولأنّ كل ما لم يجز بيع كثيره بالخرص لم يجز / بيع ٩٧/ب قليله بالخرص كالبرّ بالبرّ .

قال : ولأنّ كل جنس وجب اعتبار التماثل فيه لم يختلف تماثله باختلاف أماكنه كالذهب والفضة .

ودليلنا : ثبوت السنّة الواردة من خمس طرق :

منها : ما رواه الشافعي ، عن سفيان ، عن ابن جريج ، عن عطاء ، عن جابر : "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن المزابنة . والمزابنة بيع الثمر بالتمر إلّا أنه أرخص في العرايا ".[3]

---

(١) أ ، د : " عن بيع ثمرة نخلة " والمثبت من ب ، ج ، وكذا في مصادر التخريج .

(٢) ليس حديثا مستقلّا بل هو جزء من الحديث السابق المرويّ عن ابن عمر . وهذه الزيادة وردت في مسلم والمحلّى . كما وردت في حديث الترمذي ٣/٥٩٦ المرويّ عن رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة : " أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عن المزابنة الثمر بالتمر إلّا لأصحاب العرايا فانه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وعن كل ثمر بخرصه " وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه .

(٣) أخرجه الشافعي في الأمّ ٣/٤٧ ، وفي المسند ٦/١٥٤ ، وروى البخاري بلفظ : " نهى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الثمر حتى يطيب ولا يباع شيء منه إلّا بالدينار والدرهم إلّا العرايا " وبنحو البخاري أخرجه مسلم ٣/١١٧٤ وأبو داود ٣/٢٥٤ ، والطحاوي ٤/٢٩ . قلت : وسفيان هو ابن عيينة كما ورد التصريح في رواية مسلم .

والثاني : ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت (١) : "أنّ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أرخص لصاحب العريّة أن يبيعها بخرصها" (٢).

والثالث : ما رواه الشافعي رحمه الله ، عن سفيان ، عن يحيى ابن سعيد (٣) ، عن بشير بن يسار ، عن سهل بن أبي حثمة قال : "نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع الثمر بالتمر إلاّ أنه أرخص في العريّة

---

(١) هو الصحابي الجليل أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحّاك الأنصارى ، البخارى المدني ، من كُتّاب الوحي وحفظة القرآن المشهورين . وكان أعلم الصحابة بالفرائض . شهد غزوة الخندق ومابعدها من الغزوات . واختاره الصدّيق لجمع المصحف ، ثم عيّنه عثمان لكتابته . وكان ابن عبّاس يأتي إلى بيته ويقول : "العلم يُؤْتَى ولا يَأْتِي" توفّي بالمدينة سنة ٤٥ هـ على المشهور عن ٥٦ سنة.
أنظر ترجمته في : طبقات الشيرازى ص ٤٦ ، وتهذيب الأسماء ٢٠٠/١ ، ومعرفة القرّاء للذهبي ٣٥/١ ، وأسد الغابة ٢٧٨/٣ ، والإصابة ٥٦١/١ ، والتذكرة ٣٠/١ .

(٢) أخرجه البخارى ٩٩/٣ ، ومسلم ١١٦٩/٣ ، والنسائي ٢٣٥/٧ ، ومالك ٦١٩/٢ ، والشافعي في مسنده ١٥٤/٦ ، وفي الأم ٤٧/٣ ، وفي الرسالة ص ٣٣٣ .

(٣) هو التابعي الجليل أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الأنصارى ، النجارى ، قاضي المدينة . روى عن أنس ، وسعيد بن المسيّب ، وبشير بن يسار وخلق . وعنه الزهرى وشعبة ، والسفيانان . واتفق علماء الجرح والتعديل على توثيقه وكان قد جمع بين علمي الرواية والدراية . توفي سنة ١٤٣ هـ وقيل بعده.
له ترجمة في : طبقات الشيرازى ص ٦٦ ، وتهذيب الأسماء ١٥٣/٢ ، وتهذيب التهذيب ٢٢١/١١ ، وتاريخ الثقات ص ٤٧٢ ، والكاشف ٢٥٦/٤ ، والخلاصة ص ٤٢٤ ، والتذكرة ١٣٧/١ .

أن تباع بخرصها تمرا يأكلها (أهلها) (١) رطبا ". (٢)

والرابع : ما رواه المزني في المختصر (٣) ،عن الشافعي رحمه الله أنه روى حديثا فيه : (قلت لمحمود بن لبيد (٤) ،أو قال محمود بن لبيد : قلت لرجل من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم

---

(١) أهلها : لا يوجد في النسخ وأثبته من مصادر التخريج وفي بعضها " يأكلونها ".

(٢) أخرجه البخاري ٣/ ٩٩ ومسلم ٣/ ١١٧٠ ببعض الزيادات ،وأبو داود ٣/ ٢٥٢ والنسائي ٧/ ٢٣٦ والشافعي في الأم ٣/ ٤٧، وفي مسنده ٦/ ١٥٤ ،والطحاوى ٤/ ٣٠.

(٣) انظر : مختصره ٢/ ١٧٨. وذكره الشافعي في الأم ٣/ ٤٧، وفي اختلاف الحديث ٧/ ٣٢٧ ،وأشار إليه ابن حزم في المحلّى ٥/ ٤٦٣ ثم قال : " ولا يدرى أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه ، ذكره - اى الشافعي - أيضا بغير إسناد فبطل أن يكون فيه حجّة " وفي التلخيص الحبير ٣/ ٢٩ : " وذكره البيهقي في المعرفة عن الشافعي معلّقا أيضا " ونقل الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٣) عن صاحب التنقيح قوله : "إنّ هذا ليس في الصحيحين ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة . ولم أجد له سندا بعد الغوص البالغ . ولكن ذكره الشافعي في كتاب العرايا بغير إسناد " قلت : ونسبه الشيخ الموفّق في الكافي (٢/ ٦٤) إلى الشيخين وهو وهم منه .

(٤) هو أبو نعيم محمود بن لبيد بن عقبة بن رافع الأنصاري الأشهلي المدني . صحابي صغير لم يصحّ له سماع ولا رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم وجُلّ روايته عن الصحابة وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث مرسلة . واختلف في صحبته والصحيح ثبوتها . توفي بالمدينة سنة ٩٦ هـ وقيل سنة ٩٧ وله ٩٩ سنة. انظر : أسد الغابة ٥/ ١١٧ ،وتهذيب الأسماء ٢/ ٨٤ ، وتهذيب التهذيب ١٠/ ٦٥ ، والاصابة ٣/ ٣٨٧ ،والخلاصة ص ٣٧١ ،والتقريب ص ٣٣٠.

إمّا زيد بن ثابت وإمّا غيره ما عراياكم هذه ؟ فقال وسمّى [١] رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّ الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخّص لهم النبي صلّى الله عليه وسلّم أن يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر الذى في أيديهم يأكلونها رطبا .)

والخامس : ما رواه الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب عن أبي هريرة : (أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أوفي خمسة أوسق . الشكّ من داود).

فدلّت هذه الأحاديث الخمسة على ما ذهبنا إليه في العرايا من خمسة أوجه :

أحدها : أنه استثنى العريّة من المزابنة . فلمّا كانت المزابنة المنهى عنها هي بيع التمر بالرطب في نخله ، وجب أن تكون العريّة المستثناة منها [٢] هي بيع التمر بالرطب في نخله .

والثاني : أنه أجاز العريّة بلفظ الرخصة . والرخصة ما كانت بعد حظر سابق. [٣] ولا تكون العريّة رخصة بعد حظر سابق [٤] إلاّ على مذهبنا دون مذهب من خالفنا .

---

(١) في م : قال فلان وفلانه وسمّى .

(٢) ب ، ج : منهما . وهو خطأ .

(٣) قال الآمدى في إحكامه (١/ ١٠١) : " الرخصة في اللغة : عبارة عن التيسير والتسهيل . وأمّا في الشرع فقد قال أصحابنا : الرخصة ما جاز فعله لعذر مع قيام السبب المحرّم " .
وراجع في تعريفها أيضا : روضة الناظر ص ٣٢ ، والمستصفى ١/ ٩٨ ، والتيسير ٢/ ٢٢٨ ، وشرح الكوكب المنير ١/ ٤٧٨ .

(٤) سابق : أثبته من د . ولا يوجد في باقي النسخ .

والثالث : أنه أرخص في بيع المرايا . والبيع ما تناول عوضا ومعوّضا ولا يكون ذلك إلاّ على قولنا .

والرابع : أنه اعتبر فيها المساواة بالخرص . ولا يجب ذلك إلاّ في بيعها بالجنس .

والخامس : أنه أباحها في قدر مخصوص . والمخالف لا يعتبر فيها على مذهبه قدرا مخصوصا .

ثم حديث محمود بن لبيد [١] مفسّر لا احتمال فيه / ولم يسنده ٩٨/أ الشافعي ؛ لأنه نقله [٢] من السِّيَر وجعله مع ما قد أسنده شاهدا لصحّة مذهبه .

فان قيل : هذه أحاديث واردة قبل تحريم الربا .

قيل : هذا التأويل فاسد من وجوه . منها : أنه أرخص في العريّة ، وهذا يقتضي تقدّم [٣] الحظر . ومنها : أنه اعتبر فيها التساوى بالخرص . وهذا قبل تحريم الربا غير معتبر . ومنها : أنه أباحها في قدر مخصوص . وهذا قبل تحريم الربا غير مقدّر .

وأمّا الجواب عن أدلّتهم فهو أنّ الظاهر منها مخصوص بظواهرنا ، والأقيسة [٤] مدفوعة بنصوصنا [٥] .

ثم نقول : إنما جازت العريّة فيما كان على رؤوس النخل ولم يجز فيما هو على الأرض ، لأنّ ما على النخل مستدام المنفعة وما على الأرض مسلوب المنفعة . وجازت في القليل للحاجة اليها ، ولم تجز في الكثير للاستغناء عنها . وجازت بالخرص وإن لم يجز الخرص في البرّ ؛ لأنّ كل ما على النخل

---

(١) أ ، ج : " محمود بن أسد " وهوتصحيف والتصويب من ب ، د .

(٢) ب : لأنه رواه .

(٣) ج : تقديم .

(٤) أثبته من ب . وفي باقي النسخ : " بظواهر فان الأقيسة " وهو تصحيف .

(٥) أثبته من ب ، ج . وفي أ ، د : بنصوص .

متعذّر وكيل البرّ غير متعذر . واختلاف حكم تماثلها [١] ليس لاختلاف [٢] أماكنها [٣] ،ولكن لاختلاف الحاجة اليها .

- فصـــل -

فاذا ثبت أنّ العرايا هي بيع الرطب على رؤوس النخل بكيلهـا تمرا على وجه الأرض فلا فرق بين أن يتساويا في النوع كالتمر البرني بالرطب البرني ،أو يختلفا في النوع كالتمر البرني ،بالرطب المعقلي في جواز ذلك كلـه .

فأمّا بيع الرطب على رؤوس النخل برطب في الأرض أو برطب على رؤوس النخل فمذهب الشافعي : أنه لا يجوز بحال ،لأنّ وجود الرطب يغني عن بيعه برطب على رؤوس النخل .

وقال أبو علي بن خيران : يجوز بيع الرطب على الأرض برطب على رؤوس النخل ،لأنه أدوم نفعا . ولا يجوز [٤] بيع رطب على رؤوس النخل برطب على رؤوس النخل سواء كان نوعا أو أنواعا .

وقال أبو اسحاق المروزي : لا يجوز بيع رطب على الأرض برطب على رؤوس النخل . فأمّا بيع رطب على رؤوس النخل برطب على رؤوس النخل فان كان نوعا واحدا [٥] كالمعقلي بالمعقلي لم يجز وإن كانا نوعين

---

(١) ج : تماثلهما .
(٢) ب : "كاختلاف " ويأباه السياق .
(٣) ج : أماكنهما .
(٤) أثبته من ب . وفي باقي النسخ " ويجوز " بسقوط حرف النفي .
(٥) ب : من نوع واحد .

كالمعقلي بالإبراهيمي [1] جاز. [2]

وقال أبو علي بن أبي هريرة [3] : يجوز بيع الرطب على الأرض برطب على رؤوس النخل ، لأنه أدوم نفعا . ويجوز بيع ما على النخل بما على النخل إذا كانا من نوعين لاختلاف الشهوة ولا يجوز إذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة .

وكل واحد من هذه المذاهب الثلاثة فاسد [4] ، وما عليه جمهور أصحابنا من بطلان ذلك كله أصح ، لأنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها تمرا . ولأنه لمّا / لم يجز بيع الرطب بالرطب على وجه الأرض مع قلّة تفاضله وقرب تماثله فأولى أن لا يجوز على النخل . ولأنّ عدم الحاجة إليه يمنع من جواز الغرر [5] فيه . [6]

٩٨/ب

---

(١) لم أجد لهذا النوع من التمر ذكرا في المعاجم.

(٢) قال السبكي في تكملته ٣٨/١١ : هكذا حكى عنه المحاملي وأبو حامد والروياني والماوردى . وقد حكى عنه أبو الطيّب وابن الصبّاغ والشيرازى والمتولى أنه إن كانا نوعا واحدا لم يجز ، وإن كانا نوعين يجوز وأطلقوا ذلك فيما إذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض .

(٣) قال السبكي في تكملته ٣٩/١١ : هكذا نقله/ عنه الماوردى والروياني وقد رأيت في تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض ولم يذكر إذا كانا على النخل .

(٤) ب : وكل هذه المذاهب الثلاثة فاسدة.

(٥) الغرر : أثبته من ب. وفي سائر النسخ : الغرور.

(٦) انظر في هذا الفصل : المهذّب ٢٨٢/١ ، والفتح ٩٧/٩ ، والروضة ٥٦١/٣ ، والتكملة ٣٨/١١ ومابعدها ، والمغني ٩٣/٢ ، والنهاية ١٥٧/٤.

- مسألـــة -

قال الشافعي رحمه الله : (وأحبّ إليّ أن تكون العريّة أقلّ من خمسة أوسق . ولا أفسخه في الخمسة وأفسخه في الأكثر. قال المزني : يلزمه في أصله أن يفسخ البيع في خمسة أوسق ؛ لأنها شك.) الفصل.(١)

والكلام في هذه المسألة مقصور على قدر ما أبيح من العريّة فلا يختلف المذهب أنّ العريّة لا تجوز فيما زاد على خمسة أوسق لعموم نهيه عن المزابنة وتجوز فيما دون خمسة أوسق ولو بمدّ لإباحته العريّة . وفي جوازها في خمسة أوسق قولان :

أحدهما : - نصّ عليه في كتاب الصرف(٢) - : أنه لا يجوز. واختاره

---

(١) انظر: مختصر المزني ٢/١٧٨ وتمامه : " وأصل بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر حرام بيقين ولا يحلّ منه إلّا ما أرخص فيه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بيقين . فأقلّ من خمسة أوسق يقين على ما جاء به الخبر ، وليست الخمسة بيقين ، فلا يبطل اليقين بالشكّ " .

(٢) قال الشافعي في الأمّ ٣/٤٩ : " ولا يشترى من العرايا إلّا أقلّ من خمسة أوسق بشيء ما كان . فاذا كان أقلّ من خمسة أوسق جاز البيع ".
وقد قال في مختصر البويطي أيضا مثل هذا الكلام نقله السبكي في تكلمته (١١/٦٢) ثم قال : وكثيرون جزموا بهذا القول .
وقال في ص ٦٤ : " وممّن اختار هذا القول أبو بكر بن المنذر ، وأبو سليمان الخطّابي ، ورجّحه إمام الحرمين ، وصحّحه الروياني في حليته ، والبغوى ، والشاشي ، وابن أبي عصرون ، والغزالي في البسيط ، والنووى . وهو الذى يقتضيه كلام القفّال والقاضي حسين".
قلت : وبه قال أحمد في المشهور عنه وهو أحد القولين للامام مالك
انظر : البداية ٢/١٨١ ، والمغني لابن قدامة ٤/٤٥ ، والإفصاح ١/٢٨١ .

المزني ،لأنّ تحريم المزابنة عامّ واباحة العريّة خاصّ ،والخمسة شكّ ،والعموم لا يُخَصّ[(١)] بالشكّ .[(٢)]

وروى أبو سعيد الخدري أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم قال :
" لا صدقة في العريّة "[(٣)] . والخمسة نصاب يجب فيها الصدقة ، فلم يجز أن تكون من جملة العريّة .

ولأنّ العريّة تختصّ بالقليل دون الكثير لتحريمها فيما زاد على الخمسة لكثرته ،واباحتها فيما دون الخمسة لقلّته . والخمسة في حدّ الكثرة لوجوب الزكاة فيها . وما دونها في حدّ القلة لانتفاء الزكاة عنها .

والقول الثاني - نصّ عليه في كتاب الأمّ -[(٤)] : جواز العريّة في خمسة أوسق ،لأنّ تحريم ما زاد على الخمسة إنما كان لدخوله في

---

(١) ب : " لا يختصّ " وهوتصحيف.

(٢) وأيضا فانه يوجد هناك قاعدتان فقهيتان مشهورتان .
إحداهما : أنّ الرخص لا تناط بالشكّ . والثانية : اليقين لا يزول بالشكّ . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤١ ،ولابن نجيم ص ٥٦ .

(٣) رواه أبو عبيد في كتاب الأموال (ص ٦٥٦) مرفوعا بلفظ "ليس في العرايا صدقة " ورواته كلهم ثقات . وابن عبد البرّ في التمهيد ٢/ ٣٣٦ مرفوعا بلفظ الماوردي وذكره البيهقي ٤/ ١٢٤ معلّقا بلفظ أبي عبيد وأشار إلى إرساله .

(٤) انظر : الأمّ ٣/ ٤٧ وفيها :" ولا يجوز أن يبيع صاحب العريّة من العرايا إلاّ خمسة أوسق أو دونها ،وأحبّ اليّ أن يكون المبيع دونها ؛لأنه ليس في النفس منه شيء . واذا ابتاع خمسة أوسق لم أفسخ البيع ولم أقسط له " أهـ.
قال السبكي في تكملته (١١/ ٦٤) : وهذا الكلام مع كلام

===

المزابنة قطعا ، وتحليل ما دون الخمسة لدخوله في العريّة يقينا ،والخمسة وإن كانت شكّا فلا يجوز إلحاقها بالمزابنة دون العريّة لأمرين :

أحدهما : لما فيه من نفي الشك عنها بعد ثبوته فيها . والثاني : أنّ عموم المزابنة قد صار مجهولا باستثناء العريّة المجهولة منها .

وإذا لم يجز إلحاقها بالمزابنة وجب إلحاقها بالعريّة لأمرين :

أحدهما : أنّ[1] الأصل في البيوع الإباحة ،لعموم قوله تعالى[2] :

﴿ وأحلّ الله البيع ﴾.[3]

والثاني : رواية عطاء ،عن جابر : " أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أرخص في بيع العرايا ".[4] فعمّ ولم يخصّ . واحتمل أن تكون رواية من روى " في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ".[5] على وجه التخيير، لأنّ "أو" قد تستعمل في التخيير[6] كما تستعمل في الشكّ.[7]

=== المختصر ليس صريحا في القول بالجواز ، بل كأنه متوقّف في ذلك للشكّ في الرواية . ولكنّ الأصحاب جعلوا ذلك قولا بالجواز. وكأنّ الشافعي لم ينظر إلى الأصول المذكورة ولا إلى القياس. ثم قال : وهو الصحيح عند المحاملي وأبي حامد والغزالي في الوجيز ".
قلت : وهو المشهور عن مالك ورواية عن أحمد . انظر : بداية المجتهد ٢ / ٢٨١ والمغني لابن قدامة ٤ / ٤٥ . والخرشي ٥ /١٨٨.

(١) د : هو أنّ.

(٢) تعالى : أثبته من ب وفي أ،وبدونه ، وفي جـ : عزّ وجلّ .

(٣) سورة البقرة : ٢٧٥.

(٤) تقدّم ببعض الفرق في ص (٧٢١) قلت : ومثله يفيد العموم في مقدار العريّة حديث سهل بن أبي حثمة وزيد بن ثابت ومحمود ابن لبيد أيضا .

(٥) أودون خمسة أوسق : أثبته من ب ،ج . ولا يوجد في أ ،د .

(٦) انظر: شرح ابن عقيل ٣ / ٢٣٢ ،وشرح الكافية الشافية ٣ / ١٢٢٠.

(٧) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٥ ،والمهذّب ١ / ٢٨٢ ،والفتح ٩ / ٩٤ ،والروضة ٣ / ٥٦١ ،والتكملة ١١ / ٦٢ ،والمغني ٢ / ٩٤ ، والنهاية ٤ / ١٥٨ ،وشرح المحلى ٢ / ٢٣٨.

- فصل -

فاذا تقرّر توجيه القولين . فان قلنا بجواز العريّة في خمسة أوسق فانما نعني خمسة أوسق تمرا يبتاع بها رطبا يعود الى خمسة أوسق تمرا على ما سنصفه [1] . فان زاد على خمسة أوسق تمرا لم يجز وكان عقدا فاسدا.

فان قيل : فلما [2] أبطلتموه فيما زاد على الخمسة وجوّزتموه في الخمسة ؟

قيل : لأنه / بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة . والمزابنة كلها فاسدة . ٩٩/أ

وإن قلنا إنّ العريّة لا تجوز إلّا فيما دون خمسة أوسق. فلو نقص من الخمسة مدّ [3] جاز وكان العقد صحيحا . ولو ابتاع رجلان من رجل عشرة أوسق إلّا مدّا [4] جاز ؛ لأنّ ابتياع الرجلين إنما يكون بعقدين فصار كلّ واحد منهما كأنه اشترى خمسة أوسق

---

(١) ب : على ما نصفه .

(٢) في جميع النسخ " فهلّا " ولكنه لا يلائم السياق.

(٣) قال السبكي في تكملته ١١/ ٧١ : " إذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل يكفى أىّ قدر كان أم له ضابط ؟ الذى نصّ عليه الشافعي والأصحاب منهم الماوردى الأول ".
وقال الرملي في النهاية ٤/ ١٥٨ : " وظاهر كلامه ـ أى النووى ـ الاكتفاء في النقص عن الخمسة بما ينطلق عليه الاسم حتى قال الماوردى إنه يكفي نقص ربع مدّ . والأوجه كما قاله بعض المتأخرين عدم الاكتفاء بذلك ، بل لا بدّ من زيادة على تفاوت ما يقع بين الكيلين . إذ ربع المدّ والمدّ لا يقع التفاوت به بين الكيلين غالبا لا سيّما في خمسة أوسق ".

(٤) مدّا : أثبته من ب . وفي سائر النسخ : " مدّ " وهو خطأ .

إلاّ نصف مدّ.(١)

وكذا لو ابتاع رجل من رجلين عشرة أوسق إلاّ مدّا(٢) جاز.(٣)

وكأنه قد اشترى من كل واحد منهما خمسة أوسق إلاّ نصف مدّ.

فلو ابتاع رجلان(٤) من رجلين عشرين وسقا إلاّ مدّا(٥) جاز؛

لأنّ ابتياع الرجلين من رجلين إنما يكون بأربعة عقود فصار كلّ واحد من الرجلين قد ابتاع من كلّ واحد من الرجلين خمسة أوسق إلاّ ربع مدّ فصحّ.(٦)

---

(١) وقد نصّ عليه الشافعي في الأمّ (٣/٤٨) حيث قال :
"ولا بأس أن يبيع صاحب الحائط من غير واحد عرايا كلهم يبتاعون دون خمسة أوسق؛ لأنّ كل واحد منهم لم يحرم على الافتراق الترخيص له أن يبتاع هذه المكيلة . وإذا حلّ ذلك لكلّ واحد منهم لم يحرم على ربّ الحائط أن يبيع ماله وكان حلالا لمن ابتاعه ولو أتى ذلك على جميع حائطه"

(٢) في النسخ " مدّ " بالرفع وهو خطأ نحويا.

(٣) جاز على الوجه الصحيح المشهور. وفي وجه - وبه قال صاحب التلخيص - : لا تجوز الزيادة على خمسة أوسق نظراً الى مشترى الرطب؛لأنه محلّ الخرص الذى هو خلاف قياس الربويّات فلا ينبغي أن يدخل في ملكه أكثر من القدر المحتمل دفعة واحدة . أنظر : الفتح ٩/٩٦ ،والروضة ٣/٥٦١ ،والمغني ٢/٩٤.

(٤) ج :" رجل " وهو خطأ.

(٥) أثبته من ب. وفي سائر النسخ " مدّ " وهو خطأ.

(٦) وقال الرافعي والنووى :"إنها لا تجوز في أكثر من عشرة أوسق ، وتجوز فيما دونها ،وفي العشرة قولان " . قال الزركشي وغيره : "وهو سبق قلم". قال الشربيني :"وليس كذلك وانما فرّعه على وجه ضعيف وهو أنّ الصفقة لا تتعدّد بتعدّد البائع". راجع: الفتح ٩/٩٦ ،والروضة ٣/٥٦١ ،والمغني ٢/٩٤.

ولو ابتاعا عشرين وسقا سواء لم يجز.(١)

- مسألــــة -

قال الشافعي : (ولا يبتاع الذى يشترى العريّة بالتمر إلّا بأن تخرص العريّة كما يخرص العشر. فيقال فيها رطب كذا وكذا(٢) وإذا يبس كان كذا ،فيدفع إليه(٣) من التمر مكيلة خرصها تمرا ويقبض النخلة بثمرتها قبل أن يتفرّقا ،فان تفرّقا قبل دفعه فسد البيع).(٤)

إعلم أنّ جواز البيع في العريّة(٥) معتبر بثلاثة شــــروط.(٦)

---

(١) وعند المالكية أيضا تجوز العريّة في أكثر من خمسة أوسق إذا كانت في صفقات مختلفة أو من حوائط متعدّدة . وأمّا الحنابلة فلا يجوز عندهم أكثر من عريّة سواء كانت من شخص واحد أو من أناس متعدّدين ،راجع : الخرشي ١٨٨/٥ ،والمغني لابـــن قدامة ٤٦/٤ ،ورحمة الأمة ص ١٣٧.

(٢) م : فيقال فيها الآن رطبا كذا.

(٣) م : بدون "إليه".

(٤) انظر : مختصر المزني ١٧٩/٢.

(٥) في العريّة : أثبته من ب. ولا يوجد في باقي النسخ.

(٦) قلت : وعند المالكية يعتبر لجواز العريّة أربعة شروط ذكرهـــا ابن رشد في البداية فقال :" أحدها : أن تزهى . والثاني : أن تكون خمسة أوسق فما دون فان زادت فلا يجوز . والثالث : أن يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ ،فان أعطـــاه نقدا لم يجز. والرابع : أن يكون التمر من صنف تمر العريـــة ونوعها ". وفي الخرشي ١٨٩/٥ : " ومن جملة شروط العريّة أن يكون العوض في ذمّة المُعْرِى لا في حائط معيّن»
والحنابلة اعتبروا شروطا أكثر فقد جاء في المغني لابن قدامة ٤٩/٤ :

===

أحدها : القدر الذى لا تجوز الزيادة عليه . والثاني : التساوى الذى لا يجوز الإخلال به . والثالث : التقابض الذى لا يجوز الافتراق دونه .

فأمّا الشرط الأوّل وهو القدر فقد مضى الكلام فيه . وأمّا الشرط الثاني وهو التساوى فلتحريم التفاضل فيما يدخله الربا . والتساوى معتبر في التمر بالكيل ،لأنّ الكيل فيه ممكن . وفي الرطب الذى على رؤوس النخل بالخرص لأنّ كيله متعذّر .

ويجوز فيه خارص واحد بخلاف الزكاة ،لأنّ الخرص ههنا بدل الكيل عند تعذّره . فلمّا جاز كيّال واحد جاز خارص واحد .

فيأتي الخارص النخلة فيخرصها بعد الإحاطة بها . فاذا بلغت قدرا يكون تمرها (١) خمسة أوسق أو أقلّ من خمسة أوسق على ما مضى من القولين دفع مثله تمرا . (*) (٢) (كأنه يقول : خرصها رطبا ستة أوسق ،واذا يبست تمرا أربعة أوسق فيدفع اليه بالكيل أربعة أوسق تمرا) . (٢) (٣)

(*) يشترط في بيع العريّة شروط خمسة : أن يكون فيما دون خمسة أوسق . وبيعها بخرصها من التمر . وقبض قبل التفرّق . وحاجة المشتري الى أكل الرطب . وأن لا يكون معه ما يشترى به سوى التمر . واشترط القاضي وأبو بكر شرطا سادسا وهو حاجة البائع الى البيع واشترط الخرقي : كونها موهوبة لبائعها . واشترط أصحابنا لبقاء العقد : أن يأكلها أهلها رطبا . فان تركها حتى تصير تمرا بطل العقد " أهـ .

(١) ج : تمره . (*) من ب ج.أ : "ودفع" وهو ساقط من د .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٣) وبه قال المالكية والحنابلة ،وعن أحمد رواية أخرى : أنها تباع بتمر مثل الرطب الموجود وذلك لأنها بيع اشترطت المماثلة فيها والأصل اعتبار المماثلة في الحال . ولكن الحنابلة صحّحوا الرواية الأولى . قال ابن قدامة في تعليلها : " لأنه مبنيّ على خرص

===

(*)
فان زاده على الأربعة مدّا أو نقصه مدّا لم يجز لظهور التفاضل فيه.

وأمّا الشرط الثالث وهو التقابض قبل الافتراق فلأنّ ما فيه الربا لا يجوز تأخير القبض فيه. فيقبض المشترى الرطب على رؤس النخل[1] ويدفع التمر[2] الى بائعه وقد تمّت العريّة بينهما[3]. ولكلّ واحد / ٩٩/ب منهما الخيار مالم يفترقا بأبدانهما. فاذا افترقا لزمت العريّة ولا خيار.

ثم للمشترى بعد ذلك أن يجتنى ثمرة نخله حالا بعد حال عند إدراكها ووقت إناها[4]. ولا تجوز العريّة إلاّ فيما بدا صلاحه بسرا كان أو رطبا.[5]

(*) من ب د. أ: "مد"، ج: "أو نصف مد" وكلاهما خطأ.
=== الثمار في العشر والصحيح ثَمّ خرصه تمرا. ولأنّ المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادّخار، وبيع الرطب بمثله تمرا يفضي إلى فوات ذلك "راجع المغني لابن قدامة ٤٨/٤، والمقنع ص١٠٩ والخرشي ١٨٧/٥.

(١) أثبته من د. وفي سائر النسخ: نخله.

(٢) ب، ج: "ويدفع الثمن" وهوتصحيف.

(٣) وقد نصّ على ذلك الشافعي في الأمّ (٤٧/٣) حيث قال: "وأنه لا يجوز البيع فيها حتى يقبض النخلة بثمر ويقبض صاحب النخلة التمر بكيله" قلت: وهو مذهب الحنابلة أيضا. وأمّا المالكية فقالوا بتوفية التمر عند جذاذ تمر العريّة مستدلّين أنه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجّل الى الجذاذ أصله الزكاة. ولو اشترط في العقد تعجيل دفعه فسد العقد عندهم، ولكنه لو دفع بعد تمام العقد فورا بدون شرط جاز. انظر: المغني لابن قدامة ٤٨/٤، وبداية المجتهد ١٨٢/٢، والخرشي ١٨٧/٥.

(٤) في النسخ "أيانها" وهو تصحيف. يقال: بلغ الشيء إناه وأناه أى غايته. وفي التنزيل: ﴿غير ناظرين إناه﴾ أى غير منتظرين نضجه وادراكه وبلوغه. لسان العرب ٤٨/١٤.

(٥) أنظر في المسألة: المهذّب ٢٨١/١، والفتح ٩٣/٩، والروضة ٥٦٠/٣، والتكملة ٢٠/١١-٢٢، والمغني ٩٤/٢، والنهاية ١٥٨/٤، وشرح المحلى ٢٣٨/٢.

- مسألــــة -

قال الشافعي : (ويبيع صاحب الحائط لكل من أرخص له وان أتى على جميع حائطـه .) (١)

أمّا مذهب الشافعي في العريّة وما صرّح به في كتاب الأمّ (٢) وغيره جوازها للمضطرّ المعسر وللغنيّ الموسر ،وهما في إباحتهـا سواء .

وقال المزني : (٣) لا تجوز العريّة إلّا للمضطرّ المعسر. وقد أشار اليه الشافعي في الإملاء وفي اختلاف الحديث، (٤) ؛ لأنّ السبب فـــي إباحة العريّة حاجة ذوى الضرورات فكان (*) محمولا على سببه. (٥)

---

(١) انظر : مختصر المزني ١٧٩/٢ .

(٢) أنظر : الأمّ ٤٩/٣ وفيها : " وسواء الغنيّ والفقير في شراء العريّة . "

(٣) أنظر: مختصره ١٧٧/٢ وفيه :" اختلف ما وصف الشافعي فــي العرايا وكرهت الإكثار ،فأصحّ ذلك عندى ما جاء فيه الخبر وما قال في كتاب اختلاف الحديث وفي الإملاء أنّ قوما شكوا إلى النبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم أنه لا نقد عندهم ولهم تمر من فضول قوتهم فأرخص لهم فيها".

(٤) فقد جاء فيه (٣٢٧/٧) قوله :" والعرايا التي أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فيما ذكر محمود بن لبيد ". ثم ذكر حديثه قلت : ولكن قوله هذا ليس قاطعا في تخصيصه للعريّـة للمحتاجين ولذلك قال السبكي في تكملته (٢٥/١١) :" ولم أر هذا القول منصوصا للشافعي ،فينبغي أن يقطع بقول الجواز ولا يعزى للشافعي غيره . ويجعل قول المنع مذهبا للمزني ،كمـا يمكن أنه قال فــــي موضع آخر: يختصّ بذلك المحتاجون "أهـ بتصرّف. (*) في النسخ :(كان) ويأباه السياق .

(٥) قلت : وهو مذهب أحمد أيضا : انظر: المغني لابن قدامة ٤٩/٤ ، والإفصاح ٢١٩/١ ،والمقنع ص١٠٩ وفيه " لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه ."

فاختلف أصحابنا فكان بعضهم يخرّج ذلك على قولين.[1] وامتنع جمهورهم من تخريج القولين وصرّحوا بجـــوازه للكافّة قولا واحدا تعويلا على غالب نصّه.[2]

وتأوّلوا ما أشار إليه في الإملاء واختلاف الحديث على الإخبـــار عن سببه[3] استدلالاً بإرخاصه صلّى الله عليه وسلّم في العريّة من غير تقييد بالضرورة . ولأنّ الضرورة لا تتصوّر فيه؛ لأنّ معه التمر فهو غيـــر مضطرّ الى الرطب وانما يريده شهوة. ولو كان مضطرّا اليه لزالت ضرورتـــه بصاع منه وقد أبيح أكثر منه ،فعلم أنّ اعتبار الضرورة فيه غير صحيح.

فاذا ثبت جوازه للمضطرّ وغيره جاز للرجل أن يبيع جميـــع حائطه عرايا في عقود شتّى ولو كان فيه ألف وسق إذا وفّى/كل عـقد شرطه وكذلك يجوز للرجل أن يشترى بألف وسق من[4] تمر عرايا في عـقود شتّى إذا وفّى كل عقد شرطه ؛لأنّ حكم كل عقد معتبر بنفسه لا تعلّق لــه بغيره.[5]

---

(١) وهذا هو طريقة القاضي أبي الطيّب والشيرازى والعمراني والبغوى والرافعي وآخرون. وحكاهما الفوراني وجهين . انظر : تكملة السبكي ١١/٢٤.

(٢) وطريقة جمهور الشافعية هي الأصحّ وهي مقتضى كلام أبي حامد والمحاملي كما في التكملة . وراجع في المسألة أيضا : المهذّب ٢٨٢/١ والفتح ٩٨/٩ ،والروضة ٥٦٢/٣ ،والمنهاج مـع المغنى ٢/ ٩٤ ،والنهاية ٤/١٥٩ ،وشرح المحلى ٢/٢٣٩.

(٣) وقد أجاب الجمهور عن حديث محمود بن لبيد بأنه ضعيف ،وبتقدير صحّته فهذه حكمة المشروعيّة ،ثمّ قد يعمّ الحكم كما في الرمـل والاضطباع في الطواف. أنظر : مغني المحتاج ٢/ ٩٤.

(٤) من : أثبته من ب ، ج . ولا يوجد في أ ،د.

(٥) أنظر : الفتح ٩/ ٩٥ ،والروضة ٣/ ٥٦١ ،والتكملة ١١/ ٥٣ خلافا لأحمد . والمغني ٢/ ٩٤ ،والنهاية ٤/ ١٥٨ ،وشرح المحلى ٢/ ٢٣٨.

- مسألـــــة -

قال الشافعي رحمه الله[1] : (والعرايا في العنب كهي في النخل لا يختلفان ، لأنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم سنّ الخرص في ثمرهما[2] وأن لا حائل[3] دون الإحاطة بهما[4] .)[5] وهذا كما قال .

العريّة جائزة في الكرم كجوازها في النخل[6] . لكن اختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصّا أو قياسا؟ على وجهين[7] :

---

(١) م : في التمر .

(٢) أثبته من ب . وفي سائر النسخ : ثمرها وفي م : ثمرتهما .

(٣) م : ولا حائل .

(٤) بهما : أثبته من ب ، ج . وفي أ ، د ، م : بها .

(٥) انظر : مختصر المزني ١٧٩/٢ .

(٦) وقد نصّ على ذلك الشافعي في الأمّ (٤٨/٣) فقال : " والعرايا من العنب كهي من التمر لا يختلفان ، لأنهما يخرصان معا " وقد نقل السبكي في تكملته ٧١/١١ اتفاق أصحابه على ذلك ثم قال : " ووافقنا على إلحاق العنب بالرطب المالكيّة وبعض الحنابلة . وخالف في ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهري ". راجع في مذهب مالك الخرشي ١٨٧/٥ وفي مذهب أحمد والحنابلة : المغني لابن قدامة ٥٠/٤ ، والمقنع ص١٠٩ ، والكشّاف ٢٤٧/٣ .

(٧) ذكرهما السبكي في تكملته ٧٢/١١ ثم قال : " والمحاملي وابن الصبّاغ ممّن جعلا ذلك نصّا . ولم أقف على النصّ الذي ذكروه في شيء من الأحاديث . بل في رواية الترمذي (تقدّم في ص٧٢١هـ ٢) ما يشعر بخلاف ذلك ثم بعد أن ساقها قال : فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر لأنه فصله من الاستثناء وجعله مع بقية الثمر . فالصواب أنّ ذلك إنما ثبت بالقياس . وهو الذي يقتضيه كلام الشافعي فانه لم يذكر غيره . "

أحدهما - وهو قول البصريين - : أنها جازت في الكرم نصّا مرويّا [١] عن زيد بن ثابت : " أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أرخص في العرايا . والعرايا : بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب ". [٢]

والوجه الثاني - وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين - : / أنها جازت في الكرم قياسا على النخل لبروز ثمرتهما وامكان الخرص فيهما وتعلّق الزكاة بهما . ثم يعتبر في بيع الزبيب بالعنب الشروط المعتبرة في بيع التمر بالرطب. ١٠٠/أ

أمّا العرايا في سائر الثمار كالتفّاح والمشمش والإجّاص والخوخ فمذهب الشافعي [٣] أنها غير جائزة [٤] . وقال الشافعي في كتاب البيوع الكبير من الأمّ [٥] : " ولو قال قائل : يجوز التحرّي [٦] فيها كان مذهبا . "

---

(١) مرويا ،أثبته من ب. وفي سائر النسخ : فروه .

(٢) تقدّم الحديث في ص (٧٢٢) ببعض الفرق إلاّ أنه لا يوجد فيه استثناء العنب من النهي .

(٣) وقد نصّ على ذلك في الأمّ (٤٩/٣) فقال :" ولا تكون العرايا إلاّ في النخل والعنب ،لأنه لا يضبط خرص شيء غيره ".
وقال في موضع آخر منها (٤٨/٣) : " وكل ثمرة ظاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك والمشمش والكمّثرى والإجّاص ونحو ذلك مخالفة للتمر والعنب ،لأنها لا تخرص لتفرّق ثمارها والحائل من الورق دونها . وأحبّ إليّ أن لا تجوز بما وصفت ".

(٤) قلت : وهو مذهب جمهور الحنابلة . وعند المالكية : تجوز في سائر الثمار . وبه قال الأوزاعي وبعض الحنابلة،وهو أحد قولي الشافعي . انظر : المغني لابن قدامة ٥٠/٤ ،والمقنع ص ١٠٩ ،والخرشي ١٨٧/٥.

(٥) فقد جاء فيها (٤٨/٣) :" ولو قال رجل : هي وان لم تخرص فقد رخّص فيما حرّم من غيرها أن يباع بالتحرّي فأجيزه كان مذهبا".

(٦) التحرّي في الأشياء ونحوها : طلب ما هو أحرى بالاستعمال في غالب الظنّ أي : أجدر وأخلق . انظر: المختار ص ١٣٣.

فكان بعض أصحابنا (١) لأجل هذا الكلام يخرّج ذلك على قولين (٢) . وامتنع سائرهم (٣) من تخريج القولين وأبطل (٤) العريّة فيما سوى النخل والكرم قولا واحدا (٥) ، لمباينة النخل والكرم ما سواهما من الأشجار في بروز الثمر ، وامكان الخرص ، ووجوب الزكاة ، وحصول الاقتيات . والله أعلم (٦) .

---

(١) وهي طريقة القاضي أبي الطيّب ، وابن الصبّاغ ، والشيرازي ، وأتباعه والجرجاني ، والفوراني ، وامام الحرمين ، والمتولّي ، وصاحب العدّة والرافعي والآخرون . وهي الأظهر عند السبكي . انظر : التكملة ١١/٧٤ .

(٢) أحدهما : تجوز لأنّ النفس تدعو الى أكلها في حال رطوبتها ، والثاني : لا تجوز ، وهو الراجح عند الشافعي وصحّحه الروياني في الحلية والبغوي والجرجاني والرافعي وغيرهم.
واستدلّوا بالحديث المروي في البخاري (٣/٩٨) وغيره عن زيد ابن ثابت "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم رخّص في بيع العريّة بالرطب أو بالتمر ولم يرخّص في غيره".
قال السبكي : "وفي الاستدلال به نظر ، لأنه إن أريد أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم منع في غير ذلك فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في مقابلة النصّ .
وإن أريد أنّ الرخصة من النبيّ صلّى الله عليه وسلّم لم تتّفق في غير ذلك فصحيح لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا".
انظر : التكملة ١١/٧٤ ومابعدها .

(٣) من ب ، جـ وفي أ ، د : بعضهم .

(٤) أ ، د : "وأطلق" والتصويب من ب ، ج .

(٥) وبه جزم سليم في الكفاية وهو الصحيح عند المحاملي والروياني . انظر : التكملة ١١/٧٨ .

(٦) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٥ ، والمهذّب ١/٢٨٢ ، والفتح ٩/٩٤ ، والروضة ٣/٥٦١ ، والحلية للروياني ٧٣/أ ، والإبانة للفوراني ١٢٧/ب والمنهاج مع المغني ٢/٩٤ ، والنهاية ٤/١٥٨ ، وشرح المحلي ٢/٢٣٩ .

[- باب بيع الطعام قبل أن يستوفى -] (١)

(قال الشافعي (٢) : أخبرنا مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر أنّ النبي (٣) صلّى اللّه عليه وسلّم قال : " من ابتاع طعاما ، فلا يبعه (٤) حتى يستوفيه " (٥) وقال ابن عبّاس (٦) : " أمّا الذى نهى عنه رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم ، فهو (٧) الطعام أن يباع حتّى يكال " (٨) وقال ابن عبّاس برأيه : ولا أحسب (٩) كلّ شيء إلّا (١٠) مثله .

قال الشافعي : وإذا نهى رسول اللّه (١١) صلّى اللّه عليه وسلّم

---

(١) م : باب البيع قبل القبض .

(٢) ب ، د : " الشافعي رضي اللّه عنه " ج : الشافعي رحمه اللّه

(٣) م : أنّ رسول اللّه .

(٤) أثبته من ج ، م . أ ، ب ، د : فلا يبيعه .

(٥) أخرجه البخارى ٨٨/٣ ، ومسلم ١١٦٠/٣ ، وأبو داود ٢٨١/٣ ، والترمذى ٥٨٦/٣ . (عن ابن عباس) والنسائي ٢٥١/٧ ، وابن ماجة ٧٤٩/٢ ، ومالك في الموطّأ ٦٤٠/٢ ، والطحاوى في شرح المعاني ٣٧/٤ ، والبيهقي ٣١٢/٥ والدارمي ٢٥٣/٢ وفيه : " حتى يقبضه " ، وأحمد في مسنده ٥٦/١ ، ٢٢/٢ ، ٦٤ .

(٦) ج " ابن عبّاس رضي اللّه عنه " وانظر في قوله المراجع السابقة ما عدا الدارمي .

(٧) م : " وهو " خطأ .

(٨) م : أن يبيع حتى يكتال .

(٩) ج : ولا أجد .

(١٠) إلّا : ساقط من د .

(١١) م : بدون " رسول اللّه " .

عن بيع الطعام حتى يُقبض ، لأنّ ضمانه من البائع ، ولم يتكامل للمشترى فيه تمام ملك ، فيجوز به البيع . كذلك قسنا عليه بيع العروض قبل أن تقبض[(١)] ؛ لأنه بيع ما لم يقبض ، وربح ما لم يضمن .)[(٢)]

وهذا كما قال . كل من ابتاع شيئا من طعام وغيره ، لم يجز بيعه قبل قبضه.[(٣)]

وقال مالك[(٤)] : لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه . ويجوز بيع ما ليس بطعام مأكول قبل قبضه.

وقال سعيد بن المسيّب ، والحسن البصرى : لا يجوز بيع ما يكال

---

(١) م : قبل القبض .

(٢) أنظر : مختصر المزني ٢/١٨٠ - ١٨١.

(٣) أنظر : الأمّ ٣/٣١ ، ٦٠ ، والإقناع ص ٩٢ ، والتنبيه ص ٦٣ ، والمهذّب ١/٢٦٩ ، والفتح ٨/٤١٤ ، والروضة ٣/٥٠٦ ، والمجموع ٩/٢٦٤ ، ٢٧٠ وقد نسبه إلى ابن عبّاس و محمّد بن الحسن أيضا . والمنهاج مع المغنى ٢/٦٨ وفيه : " والأصحّ أنّ بيعه للبائع كغيره ، والثاني : يصحّ ". والمحلّى مع قليوبي وعميرة ٢/٢١٢ . وفي قليوبي : " قبل قبضه . وكذا بعده إن كان الخيار للبائع وحده ، أولهما ولم يأذن له البائع فيه ، وإلاّ فيصحّ ".
هذا ، وقد نسبه ابن رشد في البداية ٢/١٢٠ إلى جابر بن عبد الله وأبي ثور أيضا .

(٤) أنظر في مذهبه : المدوّنة ٤/٨٧ ، ٩٥ ، والمنتقى مع الموطّأ ٤/٢٨٣ ، والزرقاني ٤/٢٣٨ وفيه : " وفرّق مالك في المشهور عنه بين الجزاف ، فأجاز بيعه قبل قبضه ؛ لأنه مرئي فيكفي فيه التخلية وبين المكيل والموزون ، فلا بدّ من الاستيفاء ".

===

أو يوزن قبل قبضه ،ويجوز بيع ما لا يكال ولا يوزن قبل قبضه . وبه قال عثمان بن عفّان (١) . وهو مذهب أحمد بن حنبل. (٢)

وقال أبوحنيفة (٣) : لا يجوز بيع ما ينقل ويحوّل قبل قبضه .

=== وبداية المجتهد ٢/١٢٠ وفيها : " وأمّا الطعام الربوى فلا خلاف في أنّ القبض شرط في بيعه . وأمّا غير الربوى من الطعام فعنه في ذلك روايتان . والمنع هو الأشهر " ونسبه الى الثورى أيضا . والقوانين ص ٢٨٤ ،والحطّاب مع المّواق ٢٨٢/٤ ،والخرشي ١٦٣/٥.

(١) وعلاوة على من ذكره الماوردى ،قاله أيضا : الحكم ،وحمّاد ، والأوزاعي وأبو عبيد ،واسحاق ،وربيعة ،وابن حبيب ،وعبد العزيز بن أبي سلمة . وقد زاد الثلاثة الأواخر مع المكيل والموزون المعدود .
أنظر : بداية المجتهد ١٢٠/٢ ،والمغني لابن قدامة ٨٢/٤، ٨٦ ،والمجموع ٢٧٠/٩.

(٢) هذا هو الصحيح المشهور عن الإمام أحمد ،وهو المذهب عند الحنابلة وقد حكى عنه روايات أخرى ،منها : أنّ المنع يختصّ بالمطعوم من المكيل والموزون . ومنها : أنّ المنع يختصّ بما ليس بمتعيّن ،كقفيز من صبرة . وما بيع جزافا جاز بيعه قبل قبضه ،ومنها : أنّ كل مبيع لا يجوز بيعه قبل قبضه . ومنها : أنّ المنع يختصّ بما إذا باعه من غير بائعه . أمّا إذا باعه من بائعه فيجوز . أنظر مذهبه في :
مسائل الإمام أحمد لأبي داود ص ٢٠٢ ،والكافي ٢٧/٢ ،والمغني لابن قدامة ٨٦/٤ ،والإنصاف ٤٦٠/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ١٨٧/٢ ،وكشّاف القناع ٢٢٩/٣ ،وفيه : " وقيس عليهما - المكيل والموزون - المعدود والمزروع ،لاحتياجهما لحق توفية".

(٣) واليه رجع الإمام أبو يوسف في قوله الأخير . وأمّا الإمام محمد وزفر فقد قالا بمثل قول الشافعي ،وهو اختيار الطحاوى أيضا .

===

ويجوز بيع ما لا ينقل (١) ولا يحوّل قبل قبضه .

واستدلّوا جميعا في الجملة بحديث ابن (٢) عمر أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : " من ابتاع طعاما فلا يبعه (٣) حتى يستوفيه "

فحمله مالك على المطعوم . وحمله سعيد بن المسيّب على أنه مكيل موزون . وحمله أبوحنيفة على أنه محمول منقول . فكلّ مستنبط منه معنى مذهبه .

قالوا : ولأنّ البيع يجمع ثمنا ومثمّنا . فلمّا جاز بيع الثمن قبل قبضه ، حتّى إن كان الثمن دراهم ، جاز أن يأخذ مكانها متاعا أو عرضا ، وجب أن يجوز / بيع المثمّن قبل قبضه ، حتى إن كان متاعا جاز أن يأخذ مكانه دراهم أو دنانير . وتحرير ذلك علّة : أنه أحد عوضي البيع ، فجاز بيعه قبل قبضه ، كالثمن (٤) . ١٠٠/ب

ولأنّ بيع ما لم يقبض ، إنما هو إزالة الملك (٥) عنه . فلمّا جاز للمشترى أن يزيل ملكه عمّا لم يقبضه بالعتق والاستهلاك ، جاز أن يزيل ملكه عنه بالبيع . وتحرير ذلك علّة : أنه أحد نوعي ما يزول (٦) به الملك ، فجاز فيما لم يقبض ، كالعتق .

=== انظر : مختصر الطحاوى ص ٨٤ ، والتحفة للسمرقندى ص ٥٥ ، والمبسوط ٨/١٣ ، والبدائع ٣٠٩٨/٧ ، وفتح القدير ٥١٠/٦ ، وتبيين الحقائق ٧٩/٤ ، والبحر الرائق ١٢٦/٦ ، والدرّ المختار مع حاشية ابن عابدين ١٤٧/٥ .

(١) د : ما لم ينقل .
(٢) ابن : ساقط من أ ، د . وأثبته من ب ، ج .
(٣) أثبته من ج . أ ، ب ، د : " فلا يبيعه " وكذا في بعض الروايات .
(٤) كالثمن : أثبته من ب . ولا يوجد في : أ ، ج ، د .
(٥) ب : ملك .
(٦) ب : ما يزيل .

ثم انفرد أبوحنيفة مستدلاّ لمذهبه بأن قال : حقيقة القبض : هو النقل والتحويل . فما لا يمكن[1] نقله وتحويله ،تنتفي عنه حقيقة القبض ،فاقتضى أن لا يكون لقبضه تأثير[2] في جواز التصرّف فيه بالبيع وغيره.

قال : ولأنّ ما لا ينقل[3] مأمون الهلاك ،فلا يلحق العقد فسخ بتلفه في يد بائعه ،فجاز بيعه للأمن من فسخه . وتحرير ذلك قياسا : أنه مملوك بعقد لا يُخشى انفساخه بهلاكه ،فوجب أن يجوز تصرّفه فيه بالبيع وغيره ،كالمقبوض . ولأنه مملوك بسبب مأمون الفساد[4] (فجاز بيعه قبل قبضه)[4] كالميراث.[5]

ولأنّ المشترى يزيل ملكه بالبيع ،كما يزال ملكه بالشفعة . فلمّا جاز أخذه بالشفعة قبل القبض ،جازبيعه قبل القبض وتحرير ذلك قياسا : أنه عقار ملك على المشترى بعوض ، فلم يمنع منه[6] تأخّر القبض ، كالشفعة.

ودليلنا : رواية عبدالله بن عصمة أنّ حكيم بن حزام حدّثه أنه قال : " يا رسول اللّه ! إنّي أشترىبيوعا ،فما يحلّ لي منها وما يحرم ؟ قال : إذا اشتريت بيعا ، فلا تبعه حتى تقبضه ، ولا تبع

---

(١) د : فما لم يمكن .

(٢) أ ،د : تأثيرا . والتصويب من : ب ،ج .

(٣) د : ما لم ينقل .

(٤) ما بين القوسين أثبته من ب . ولا يوجد في : أ ،ج ،د .

(٥) د : "بالميراث " وهوخطأ .

(٦) منه : ساقط من د .

ما ليس عندك ."(١) فكان(٢) هذا النهي عامًّا في كل مبيع .

وروى عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، عبد الله بن عمرو(٣) : "أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن ربح(٤) ما لم يضمن."(٥)

والمبيع قبل القبض غير مضمون على المشترى بدليل أنّ ما حدث به من عيب يستحقّ به المشترى الفسخ ، لأنه من ضمان البائع ، ثم قد منعه النبيّ صلّى الله عليه وسلّم من طلب الربح فيه بالبيع .

وروى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم لمّا بعث عتّاب بن أسيد(٦) الى مكة(٧) ، قال له : " انههم عن بيع ما لم يقبضوا ، وربح ما لم يضمنوا ."(٨) وهذا نصّ .

---

(١) تقدّم تخريجه في ص : ٧٨ هامش (١) .

(٢) ب ، د : "وكان" .

(٣) د : "عبد الرحمن بن عمرو" وهو خطأ .

(٤) ج : "عن بيع" وهو تصحيف .

(٥) تقدّم تخريجه في ص : ٤٩١ هامش (١) .

(٦) د : "غياث بن أسيد" وهو تصحيف . وهو الصحابي الجليل عتّاب - بالتشديد - بن أسيد - بفتح الهمزة - أبو عبد الرحمن ، أو أبو محمد المكي ، الأموى . أسلم عام الفتح . واستعمله النبيّ صلّى الله عليه وسلّم على مكة حين انصرف عنها الى حنين . فأقام للناس الحجّ تلك السنة . ولم يزل عليها أميرا الى أن توفى سنة ١٣هـ .

انظر في ترجمته : تهذيب الأسماء ٣١٨/١ ، والاستيعاب ١٥٣/٣ ، وطبقات ابن سعد ٣٣٠/٥ ، وأسد الغابة ٥٥٦/٣ ، والبداية والنهاية ٣٤/٧ والإصابة ٤١٥/٢ ، وغاية المرام بأخبار سلطنة البلد الحرام ١٦/١ .

(٧) الى مكة : ساقطة من د .

(٨) أورده الشافعي في الأم ٦٠/٣ بلفظ الماوردى . وأخرجه

===

ولأنه مبيع لم يقبضه المشترى ،فوجب أن لا يجوز له بيعه ، كالمطعوم مع مالك ،والمنقول مع أبي حنيفة .

ولأنّ ملك المبيع لا يستقرّ إلاّ بالقبض ،بدليل قوله تعالى: ﴿ وذروا ما بقي من الربا . ﴾ (١) ففصل بين ما قبض ،فلم يوجب

=== ابن ماجة ٧٣٨/٢ بطريقه عن عطاء ،عن عتّاب بن أسيد ، قال : " لمّا بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلّم إلى مكّة نهاه عن شفّ ما لم يضمن " قال البوصيرى في الزوائد : "في إسناده ليث بن أبي سليم ضعيف مدلّس . وعطاء هو ابن أبي رباح لم يدرك عتّابا " قلت : الشّفُّ: هو الربح كما في شرح السنة ١٤٤/٨.

وأخرجه البيهقي ٣١٣/٥ بطريقه عن ابن عبّاس أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال لعتّاب بن أسيد : إني قد بعثتك إلى أهل الله وأهل مكّة فانههم عن بيع ما لم يقبضوا ،أو ربح مالم يضمنوا ،وعن قرض وبيع ،وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف " وضعّفه من أجل يحيى بن صالح الأيلي . كماأخرجه بطريقين آخرين ،ولا يوجد فيهما الراوى المذكور.

وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن عبّاس بنحو البيهقي وفي طريقه أيضا يوجد "يحيى بن صالح " قال الهيثمي في مجمعه (٨٥/٤) "قال الذهبي : روى عنه يحيى بن بكير المناكير. ولم أجد لغير الذهبي فيه كلاما . وبقية رجاله رجال الصحيح ".

كما أخرجه الحاكم ٢٧/٢ بطريقين سكت عن أولهما هو والذهبي . وقال عن الآخر : هذا حديث على شرط حَمَلَة من أئمة المسلمين صحيح . ووافقه الذهبي على ذلك. قلت : في الطريق الثاني لا يوجد ذكر عتّاب بن أسيد .

(١) سورة البقرة : ٢٧٨ . و "من الربا " ساقط من : د .

ردّه لاستقرار ملكه . وبين ما لم يقبض ،فأوجب ردّه لعدم ملكه.

ولأنّ الصرف يزول فيه ملك المشترى بتأخّر القبض . وإذا (١)

لم يستقرّ الملك على ما لم يقبض / لم يجز بيعه ؛لأنّ بيع ما لم (٢) ١٠١/أ

يستقرّ ملكه باطل .

ولأنّ بيع ما لم يقبض غير مقدور على تسليمه . وبيع ما لا يقدر

على تسليمه باطل ،كالعبد الآبق ،والجمل الشارد .

وعلى أبي حنيفة خاصّة : أنّ كلّ حكم كان القبض فيه معتبرا (٣)

بالنقل والتحويل إن كان منقولا ،كان القبض فيه معتبرا بالتخلية

والتمكين إن لم يكن منقولا . أصله تمام الهبة ،ولزوم الرهن ، وانتقال ضمان

المبيع الى المشترى ، يستوى فيه ما ينقل وما لا ينقل في اعتبار القبض فيه ،

كذلك البيع .

وأمّا الجواب عن استدلالهم بحديث ابن عمر ،فهو أنه لا دليل

فيه من وجهين :

أحدهما : أنه بعض ما شمله عموم خبرنا ،فلم يعارضه ؛لأنه

لم ينافه. (٤)

والثاني : أن تعلّقه لا يحجّ ،ودليل الخطاب (٥) منه لا يسلم ؛

لأنّ الشافعي انما يجعل للخطاب دليلا إذا علق بعدد

---

(١) أ ،جـ ، د : فاذا . والمثبت من "ب" وهو الأنسب.

(٢) أثبته من ب ،د ،أ ،جـ : " من لم " وهو خطأ.

(٣) أ : معتبر . والمثبت من ب ،جـ ، د .

(٤) ب ،د : " لم ينافيه " وهو خطأ.

(٥) هو مفهوم المخالفة ،وقد تقدّم تعريفه في ص ٥٦٣ هامش (٤) .

أو صفة.(١) فتعلّقه بالعدد ،كقوله : "في أربعين شاة شـاة".(٢) و"إذا بلغ الماء قلتين(٣) ، لم يحمل خبثا"(٤) . وتعلّقه بالصفة ، كقوله : " في سائمة الغنم زكاة"(٥) و" لا وصيّة لوارث".(٦)

---

(١) بل ثبت عنه القول بالمفهوم في غير العدد والصفة أيضا ، كمفهوم الشرط ،ومفهوم الزمان والمكان ،ومفهوم الغاية . انظر : البرهان للجويني ٤٥٣/١ ،والمستصفى ١٩١/٢ ، والإحكام للآمدى ٢١٢/٢ .

(٢) هذا جزء من حديث طويل روى عن ابن عمر ،وأنس ،وأبي بكـر رضي الله عنهم . أخرجه البخارى في باب زكاة الغنم١٤٦/٢ ، والترمذى ١٧/٣ ،وأبوداود ٩٧/٢ ، ٩٨ ،والنسائي ٢٠/٥ ، وابن ماجة ٥٧٧/١ ،والشافعي في مسنده ١٢١/٦ ،والدار قطني ١١٤/٢ ،والدارمي ٣٨١/١ ،وأحمد ١٢/١ ، والحاكم ٣٩١/١ ،والبيهقي ١٠٠/٤ .

(٣) القُلّة : بالضم ،الحبّ العظيم ،والجرّة العظيمة ،والجمع : قِلَال ،انظر: القاموس ٤١/٤ ،والنهاية لابن الأثير١٠٤/٤ .

(٤) روى من حديث ابن عمر بلفظ " إذا كان الماء قلّتين لـم يحمل الخبث " وفي بعض الروايات (لم ينجّسه شيء) وفي بعضها "قلّتين أوثلاثا " أخرجه أبوداود ١٧/١ ،والترمذى ٩٧/١ ،والنسائي ١٤٢/١ وابن ماجة ١٧٢/١ ،والدارقطني ١٤/١ ،والدارمي ١٨٦/١ ،وأحمد ٢٣/٢ ، ٢٧ ، ١٠٧ ، والحاكم ١٣٢/١ ،والبيهقي ٢٦٠/١ . وصحّحه الجمّ الغفير من أئمة الحديث . انظر تحفة الأحوذى ٢١٥/١ .

(٥) ورد هذا في حديث طويل أخرجه البخارى ١٤٦/٢ وأبوداود ٩٧/٢ ،والنسائي ٢٠/٥ ،والدارقطني ١١٤/٢ ،والدارمي ٣٨١/١ ،وأحمد ١٢/١ ،والحاكم ٣٩١/١ .

(٦) روى من حديث أبي أمامة الباهلي وعمرو بن خارجة مطـوّلا

===

وأمّا دليل الخطاب في الأسماء فلا نقول به ، وهو ههنا معلّق بالاسم . وانما كان ابن الدقّاق [1] من أصحابه [2] يقول بدليل الخطاب في الأسماء [3].

=== ومختصرا . أخرجه الترمذي ٤٣٣/٤ وقال : هو حديث حسن صحيح ، وأبو داود ١١٤/٣ ، والنسائي ٢٠٧/٦ ، وابن ماجة ٩٠٥/٢ ، وابن الجارود ص ٣١٧ ، وأحمد ٢٦٧/٥ والشافعي في الرسالة ص ١٤٠ ، والبيهقي ٢٦٤/٦ .
وقد جمع الحافظ طرقه في الفتح ٣٧٢/٥ ثم قال : " ولا يخلو إسناد كلّ منها عن مقال ، لكن مجموعها يقتضي أنّ للحديث أصلا ، بل جنح الشافعيّ في الأمّ ، الى أنّ هذا المتن متواتر ".
وقال أحمد محمد شاكر في تعليقه على الرسالة : " هو حديث صحيح ".

(١) هو القاضي أبو بكر محمد بن محمد البغدادي المعروف بابن الدقّاق . ولد سنة ٣٠٦ هـ وتوفي سنة ٣٩٢هـ وكان فقيها أصوليا ، شرح "المختصر" وولي القضاء بكرخ بغداد . والدقّاق نسبة الى عمل الدقيق وبيعه . انظر : طبقات الشيرازي ص ١١٨ ، وتاريخ بغداد ٢٢٩/٣ ، والنجوم الزاهرة ٢٠٦/٤ ، والوافي بالوفيات ١١٦/١ ، وطبقات الأسنوي ص ٥٢٢ .

(٢) ب : من أصحابنا .

(٣) ويعبّر عنه الأصوليّون بمفهوم اللقب . وهو تعليق الحكم بالاسم ، سواء كان مشتقّا كالطعام أو غير مشتقّ كالأعلام ، وهو حجّة عند أحمد ومالك ، وداود والصيرفيّ وابن الدقّاق . وأنكره الأكثرون . انظر : البرهان ٤٥٣/١ ، والمعتمد ١٥٩/١ ، والمستصفى ٢٠٤/٢ ، والتيسير ١٠١/١ ، والإحكام للآمدي ٢٣١/٢ ، وروضة الناظر ص ١٤٥ ، وارشاد الفحول ص ١٨٢ ، ونقل القول به عن غير ابن الدقّاق من الشافعية أيضا .

ولو التزم هذا المذهب في دليل الخطاب لم يسلم[١] في هذا الموضع ،لأنّ في الخبر تنبيها يدفع دليل خطابه . وهو أن تعليقه النهي بالطعام مع كثرة بياعاته ،وحدوث الحاجة الى المسامحة في عقوده تنبيه[٢] على أنّ غير الطعام أولى بالنهي ،فكان دليل الخطاب مدفوعا به .

وأمّا الجواب عن جمعهم بين الثمن والمثمّن ،واستشهادهم بجواز المعاوضة على الثمن قبل قبضه ،فمنتقض على قول مالك بالمطعوم ،وعلى قول أبي حنيفة بالمنقول . ثم المعنى في الثمن استقرار ملك البائع عليه قبل قبضه ،فجاز أن يعاوض عليه بأخذ بدله . والمثمّن لم يستقرّ ملك المشترى عليه قبل قبضه ،فلم يجز أن يعاوض عليه .

وأمّا الجواب عن قياسهم على العتق ،فالمعنى في العتق أنه استهلاك لا يعتبر فيه الشروط المعتبرة في العقود ، كما يجوز أن يستهلك المطعوم والمنقول قبل قبضه ولا يجوز أن يبيعه قبل قبضه .

وأمّا الجواب عن قياس أبي حنيفة ما لا ينقل على المقبوض بعلّة أنه لا يخشى[٣] انفساخ البيع بهلاكه ،فينتقض بمن اشترى طعاما كيلا وقبضه جزافا ،قد أمن فسخ البيع بهلاكه ،ولا يجوز بيعه قبل كيله . وفي العكس ،من اشترى علوّ دار ليس يأمن فسخ العقد بهلاكه[٤] / ويجوز ٩٢/ب

---

(١) ب ،د : لم نسلم.

(٢) في النسخ : " تنبيها " وهو خطأ والصواب ما أثبته .

(٣) أثبته من ب . أ ،جـ ،د :" لا يجيز " وهو تصحيف .

(٤) من هنا اختل الترتيب في الاصل ،فانتقل من ق ١٠١/أ الى ق ٩٢/ب .

بيعه قبل قبضه .

ثم نقول : المعنى في المقبوض أنه صار من [(١)] ضمان المشترى ، فجاز بيعه . وما لم يقبض وإن كان غير منقول ليس من ضمان المشترى ، فلم يجز بيعه .

وكذا الجواب عن الميراث ، أنه [(٢)] جاز له بيعه قبل قبضه ؛ لأنه من ضمانه .

وأمّا الجواب عن قياسهم على الشفعة ، فهو أنه لا يصحّ [(٣)] على أصلهم ؛ لأنّ مذهبهم أنه مأخوذ بالشفعة من البائع دون المشترى. [(٤)] ولذلك يجب عندهم عهدة [(٥)] الشفيع على البائع دون المشترى. [(٦)]

---

(١) أثبته من ب ، جـ ، د . أ " في ".

(٢) أنه : أثبته من ب ، جـ . ولا يوجد في أ ، د .

(٣) د : لا يصلح .

(٤) قلت : في المذهب الحنفي يؤخذ الشقص من المشترى إذا تسلّمه . وأمّا إذا لم يتسلّمه من بائعه فللشفيع الخيار في أن يأخذه من البائع أو المشترى . وعند الحنابلة يأخذه ممّن يده عليه بائعا كان أو مشتريا . وفي رواية عن أحمد - وهو ظاهر المذهب المالكي - يأخذه من المشترى مطلقا . انظر : المغني لابن قدامة ٥/٢٣٩ . والخرشي ٦/١٦٢ ، والدرّ المختار ٦/٢٢٨ .

(٥) العُهدة : كتاب الشراء أى الفاتورة ، وضمان الدرك أى ضمان الثمن إذا خرج المبيع مستحقّا أو معيبا . انظر : المختار ص ٤٦٠ ، والمصباح ٤٣٥ وتهذيب الأسماء ٤/٤٩ .

(٦) قلت : عند الحنفية عهدة الشفيع على البائع قبل تسليم المبيع الى المشترى وبعده على المشترى . وعند المالكية

===

ثم على أصلنا أنّ الشفعة مستحقّة على المشترى،[1] لا نسلّم هذا القياس ،لأنّ الشفعة تستحقّ جبرا ، فلم يفتقر ثبوتها الى جواز التصرّف ، فجاز قبل القبض (وإن عدم التصرّف . والبيع عقد تراض يفتقر ثبوتـه إلى جواز التصرّف ،فلم يجز قبل القبض)[2] لعدم التصرّف .

- فصـــل -

فاذا تقرّر أنّ بيع ما لم يقبض باطل ،فتصرّف المشترى فيه قبل قبضه ينقســـم ثلاثة أقسام : قسم ينفذ تصرّفه فيه،وقسم لا ينفذ تصرّفه فيه ،وقسم اختلف قوله فيه .

فأمّا ما ينفذ تصرّفه فيـه ،فضربان : ضرب ينفذ ويكون قبضا . وضرب ينفذ ولا يكون قبضا .

فأمّا ما ينفذ ويكون قبضا ،فالعتـــق ،والوقـــف ،والصدقة .

=== والشافعية والحنابلة : هي تجب على المشترى مطلقا .
انظر : الكافي لابن عبد البرّ ٨٦٤/٢ ،والمهذّب ٣٩٠/١ ، وكشّاف القناع ١٦٣/٤ ،والدرّ المختار مع حاشية ابن عابدين ٢٢٨/٦ .

(١) انظر : النكت للشيرازى ١١٧٦/٣ والتنبيه ص ٨١ " وان امتنع -أى المشترى- من قبضه أجبر عليه ،ثم يؤخذ منه " والمهذّب ٣٨٩/١ وفيه :" فان كان الشقص في يد المشترى أخذه منه وإن كان في يد البائع ففيه وجهان. أحدهما : يجوز أن يأخذ منه لأنه استحقّ فملك الأخذ كما لو كان في يد المشترى. والثاني : لا يجوز أن يأخذ منه ،بل يجبر المشترى على القبض ثم يأخذه منه ؛ لأنّ الأخذ من البائع يؤدّى الى إسقاط الشفعة لأنه يفوت به التسليم ،وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ،فاذا بطل العقد سقطت الشفعة ،وما أدّى إثباته الى إسقاطه سقط. "

(٢) مابين القوسين ساقط من د .

فأمّا[1] عتق العبد أو الأمة، فانه نافذ ويكون قبضا[2] يخرج به العبد[3] من ضمان البائع، سواء رفع يده عنه أو لم يرفع[4]؛ لأنه صار بالعتق حرّا، والحرّ لا يضمن باليد.

وأمّا وقف الدور والأرضين، فنافذ فيما لم يقبض، ويكون قبضا[5] يستقرّ به[6] لزوم البيع. فان رفع البائع يده عنه سقط ضمانه عنه. وان لم يرفع يده عنه[7]، فهو مضمون عليه بالقيمة، دون الثمن، لأنّ نفوذ الوقف قد أثبت قبض المبيع[8]، فلم يضمن الثمن. واستدامة[9] اليد

---

(١) ب : " وأمّا " ويأباه السياق.

(٢) هذا هو أصحّ الأوجه لدى الشافعية، وبه قال جمهورهم. وفي وجه : يبطل العتق، لأنه إزالة ملك كالبيع. قاله أبوعلى ابن خيران. وفي وجه-قاله ابن سريج - : إن لم يكن للبائع حقّ الحبس بأن كان الثمن مؤجّلا، أوحالاّ وقد أدّاه المشترى صحّ، وإلاّ، فلا. انظر : الفتح ٤١٦/٨، والروضة ٥٠٦/٣.

(٣) ب : " العقد " وهوتصحيف.

(٤) ب : " أولم ترفع " وهو خطأ.

(٥) وهذا مبنيّ على ما إذا قلنا إنّ الوقف لا يفتقر إلى القبول. وأمّا إذا قلنا إنه يفتقر إلى القبول، فهو كالبيع. انظر : الفتح ٤١٧/٨، والروضة ٥٠٦/٣.

(٦) د : ليستقرّ به.

(٧) عنه : ساقط من د.

(٨) المبيع : أثبته من د. أ، جـ، د : " البيع " وهو تصحيف.

(٩) أثبته من ب، جـ. أ " فاستدامة " د "باستدامة" وكلاهما تصحيف.

الضامنة ، توجب غرم القيمة (١) ،لأنّ الوقف يضمن .

وأمّا إباحة الطعام للفقراء ،والمساكين ،فيكون قبضا إذا كان ابتياع الطعام صبرة ، ويسقط ضمانه عن البائع . وإذا (٢) كان ابتياعه كيلا ،لم يستقرّ القبض ،وكان مضمونا على المشترى بمبلغ كيله . والرجوع إن اختلفا في قدره إلى قوله .

ثم في معنى هذا كل استهلاك كان من جهة المشترى مباحا ، أوغير مباح كالقتل ،فانه يكون قبضا .

وأمّا ما ينفذ ولا يكون قبضا ،فالتدبير والوصيّة ،وتزويج الأمة .(٣) ولا يكون وطء الزوج لها قبضا .

وقال أبو حنيفة : (٤) يكون وطئه لها قبضا .

وهذا خطأ ،لأنّ وطء الزوج إنما يكون قبضا في حقّ نفسه في الاستمتاع ،ولا يكون قبضا في حقّ غيره .

وأمّا وطء المشترى ،فان كان (٥) / مع رفع يد البائع عنها ، ٩٣/أ

---

(١) د : " فوجب تحريم القيمة " وهو تصحيف .

(٢) أ ،د " إذا " ب : " وان " والمثبت من جـ .

(٣) وهو أصحّ الأوجه لدى الشافعية . والثاني : أنه لا يصحّ . والثالث : إن كان للبائع حقّ الحبس ،لم يصحّ ،وإلاّ صحّ . انظر : فتح العزيز ٨/٤١٩ ،والروضة ٣/٥٠٦ .

(٤) انظر : تحفة الفقهاء ٢/٥٨ وفيها : " يكون قبضا ،لأنّ وطء الزوج باذن المشترى بمنزلة وطء المشترى " والمبسوط ١٣/٧٨ ، وبدائع الصنائع ٧/٣٢٥٣ ،والفتاوى الهندية ٣/٢١ .

(٥) د : بدون " عنها " .

كان قبضا ،وان كان معبقاء يده عليها ،لم يكن قبضا . فهذا حكم القسم الأول فيما ينفذ من تصرّفه.

وأمّا القسم الثاني - وهو ما لا ينفذ من تصرّفه - فهو ما كان من عقود المعاوضات ، كصداق الزوجات ،أو أجور المستأجرات ،أو عقود الإجارات ،أو صلح في حقوق ومطالبات ،فكلّ هذا وما شاكله باطل.(١)

فاذا جعل المبيع صداقا لزوجه في عقد نكاح ،بطل الصداق ولم يبطل النكاح . ولو جعله أجرة لدار استأجرها كانت الإجارة باطلة لوهاء تصرّفه في الأجرة . ولو كان المبيع دارا فأجرها ، بطلت الإجارة ،لوهاء تصرّفه في الدار المؤجرة (٢) . ولو جعله صلحا على دين ،كان صلحا باطلا ،لأنّ الصلح بيع.(٣)

وأمّا القسم الثالث - وهو ما اختلف قوله فيه - فالكتابة (٤) والرهن ، والهبة. فاذا كاتب العبد الذى ابتاعه قبل قبضه ، ففي الكتابة قولان:(٥) أصحّهما : أنها (٦) باطلة ؛ لأنها عقد معاوضة. والثاني : صحيحة ، لأنّ المغلّب فيها العتق .

وأمّا الرهن ،فان كان الثمن باقيا على المشترى أو بعضه كان رهنه

---

(١) وهو الأصحّ ،وفي وجه : تصح هذه التصرفات . انظر : مغنى المحتاج ٢/٦٩.
(٢) أثبته من ب ،جـ ، وفي أ ، د : "المستأجرة".
(٣) انظر : المهذّب ١/٣٤٠ ،والتنبيه ص ٧٣.
(٤) أثبته من ب . أ .جـ ، د : كالكتابة .
(٥) وحكى الشيخان في ذلك وجهين . انظر : فتح العزيز ٨/٤١٧ ، والروضة ٣/٥٠٦.
(٦) أنها : ساقط من ب .

باطلا ؛لأنه مرهون على ثمنه . وإن كان قد[1] دفع جميع ثمنه ، ففي جواز رهنه قولان.[2]

أحدهما : باطل ؛ لأنَّ ما لا يجوز بيعه[3] ، لا يجوز رهنه.

والثاني : جائز ؛لأنه لمّا جاز أن يكون مرهونا على ثمنه ، جاز أن يكون مرهونا على غير ثمنه.

وأمّا هبته قبل قبضه ففيها قولان من اختلاف قوليه هل يلزم فيها المكافأة أم لا ؟[4] فاذا قيل بوجوب المكافأة فيها ، بطلت الهبة؛ لأنها معاوضة. وإذا قيل إنّ المكافأة لا تجب فيها ،صحّت الهبة.

فان كانت لأجنبي احتاج الواهب أن يقبضها من البائع بنفسه[5] أو وكيله ،ليستقرّ له ملكها ،ويسقط عن البائع ضمانها ، ثم يدفعها الى الموهوب له ، ليتمّ له هبتها.

وإذا[6] أذن الواهب للموهوب له أن يقبضها من البائع ، فقبضها منه ،لم يصحّ ؛[7] لأنهما عقدان يلزم في كل واحد منهما القبض ،

---

(١) د : بدون " قد ".

(٢) وأطلق النووى فقال : في الرهن والهبة وجهان ،وقيل : قولان. أصحّهما عند جمهور الأصحاب ،لا يصحّان . الروضة ٣ / ٥٠٦.

(٣) لا يجوز بيعه : ساقط من جـ.

(٤) أظهرهما عند جمهور الشافعية عدم وجوب المكافأة في الهبة . انظر : الروضة ٥/ ٣٨٥.

(٥) د : " نفسه " وهو خطأ.

(٦) ب : فلو.

(٧) وقال البغوى في التهذيب : يكفي ،ويتمّ به البيع والرهن والهبة بعده . انظر : الفتح ٨/ ٤١٨ ،والروضة ٣/ ٥٠٦ ،والمجموع ٩/ ٥٦٥.

فلم يكن القبض الواحد نائبا عن عقدين.

ثم ينظر ،فان كان الموهوب له قبضها لنفسه (١) ، لم يكن ذلك قبضا ،لا عن البيع ،ولا عن الهبة. أمّا عن البيع ،فلأنّ القبض لم يكن للمشترى . وأمّا عن الهبة فلأنه (٢) لا يصحّ إلاّ بعد قبض المبيع.

والبائع ضامن لها بالثمن ،حتى إن (٣) تلفت يطل البيع لعدم القبض فيه . والمشترى الواهب ضامن لها بالقيمة ،حتى إن تلفت ضمنها (٤) للبائع ، لأنها مقبوضة عن أمره ،بوجه معاوضة.

وهل يكون الموهوب له ضامنا (*) / لها بالقبض أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : لا ضمان عليه ،لأنه ليس بمعاوضة ،والثاني : عليه الضمان ،لأنّ يده دخلت من جهة الواهب ،وهو ضامن. ٢ ١٠/ب

فأمّا إن كان الموهوب له قبضها للواهب المشترى ،صحّ القبض في البيع ، وبرئ البائع من الضمان ،وضمنها المشترى بالثمن . ولا ضمان على الموهوب له بالقبض ،لأنه وكيل الواهب فيه. ويحتاج الى استيناف قبض ليتمّ به الهبة. فان أذن له الواهب في قبض ذلك من نفسه ،لم يصحّ أن يكون قابضا من نفسه مقبضا لها. (٥)

---

(١) من ب ،ج ،وفي أ ،د : " من نفسه " وهو خطأ.
(٢) ج : فانه ،وهو خطأ.
(٣) ب : حتى لو.
(٤) ب ، ج : غرمها .
(*) من هنا عاد الترتيب الى طبيعته فانتقل من ٩٣/ب الى ١٠٢/ب.
(٥) ب ،ج : بزيادة " والله أعلم".

وانظر في جزئيات هذا الفصل : المهذّب ٢٦٩/١ ،والفتح ٤١٦/٨ ،والروضة ٥٠٦/٣ والمجموع ٢٦٤/٩ ،ومغني المحتاج ٦٩/٢ ،ونهاية المحتاج ٨٥/٤ ،وشرح المحلى ٢١٣/٢.

- فصـــل -

واذا ابتاع عبدا بألف درهم وقبضه ، ثم إنّ البائع نقص المشترى من الثمن مائة درهم . فان كان هذا النقصان بعد التفرّق ،كان إبراءً محضا ، يصحّ وان كان المشترى قد باع العبد ،أو وهبه ،أو اعتقه ،أو كاتبه ؛ لأنه إبراء من دين لا تعلّق له بالعبد . وكذا لو كان العبد قد مات في يده .

فلو كان باقيا وقد ردّه (١) بعيب ،رجع بالألف كلها ؛ لأنّ الثمن ألف ،وإن أبرأه من بعضه .

وفيه قول آخر أنه يرجع عليه بتسع مائة . وهو القدر الذى أدّاه ، فخرّج من اختلاف قوليه في الزوجة إذا أبرئت زوجها من صداقها ، ثم طلّقها قبل الدخول ،هل يرجع عليها (٢) بنصفه ،أم لا ؟ على قولين . (٣)

فأمّا إذا كان قد دفع إليه بألف عرضا (٤) ،فانه يرجع عليه إذا ردّه معيبا بالألف الثمن ، دون العرض . لا يختلف فيه المذهب. (٥)

---

(١) ب : " فردّه " جـ " وردّه ".

(٢) د : عليه . وهو خطأ .

(٣) انظر : المهذّب ٢/ ٦٠ ،والتنبيه ص ١٠٨ وفيه :
" وان كان ـ اى الصداق ـ دينا ،فأبرأته منه ،ففيه قولان .
أصحّهما : أنه لا يرجع عليها ".

(٤) د : عوضا . وهو خطأ .

(٥) هذا هو مذهب جمهور الشافعية . وقال القاضي أبو الطيّب : إنه يرجع بالثوب الذى هو العرض ،لأنه إنما تملّكه بالثمن ،
===

وأمّا إذا كان النقصان قبل التفرّق ،فهذا فسخ للبيع الأول .
واستيناف بيعه بتسعمائة . فلو ردّه بعيب ،رجع بتسعمائة لا غير ؛
لأنها جميع الثمن .

فلو كان المشترى قد باعه ،أو وهبه ،أو أعتقه ،أو كاتبه ،
لم يصحّ هذا النقصان ،وكان على المشترى جميع الألف ؛لأنّ فسخ البيع
بعد هذه الأحوال لا يصحّ . وكذا لو كان العبد قد تلف.

فلو لم ينقصه ،لكن (١) أعطاه قبل التفرّق بالثمن (٢) عرضا .
فان كان بعد أن باع العبد ،أو أعتقه ،أو وهبه لم يجز ؛لأنه يكون
فسخا للبيع بالألف ،واستيناف بيعه بالعرض ،والفسخ بعد هذه
الأمور لا يصحّ .

وإن كان مع بقاء العبد على حاله جاز ، وكان استيناف بيع
مبتدأ للعبد بالعرض (٣) . فلو ردّه بعيب رجع بالعرض؛لأنه الثمن .

ولا يكون ما تقدّم من قبض المشترى للعبد مُجزئا ،حتى يحدث
له البائع قبضا بعد تقدير العرض ،أو بعد النقصان إن كان نقص ؛
لأنه لمّا ارتفع العقد الأوّل بالنقص (٤) من الثمن ، أو بالعرض المأخوذ

=== فاذا فسخ البيع ،سقط الثمن عن ذمّة المشترى ،فيفسخ بيع الثوب به . و مستند الجمهور أنّ الثوب مملوك بعقد آخر.
انظر : الفتح ٣٩٢/٨ ،والروضة ٤٩٦/٣ ،والتكملة ٣٠٨/١٢

(١) د : "لكان" وهو تصحيف .
(٢) جـ : "الثمن" بسقوط الباء .
(٣) ب : "بالعوض" وهو تصحيف.
(٤) ب ،د : "بالقبض" وهو تصحيف .

عن الثمن ،وصار ذلك بيعا مبتدأ ،افتقر الى قبض / بعده ، ولم ١٠٣/أ
يصحّ فيه قبض تقدّمه.

فلو تلف العبد قبل إحداث قبض ثان (١) ،بطل البيع لتلف
المبيع قبل القبض ،ويكون مضمونا على المشترى بالقيمة دون الثمن ،لأنّ بطلان
البيع قد أسقط عنه الثمن. ولزمته القيمة ،لأنه كان في قبضه بعوض.

وكذا لو كان المشترى قد زاد البائع في الثمن مائة ،كان على
ما مضى : إن كان بعد التفرّق ،كانت (٢) الزيادة هبة لا يرجع بها
المشترى إن ردّ (٣) بعيب . وإن كان (٤) قبل التفرّق ،كانت (٥)
فسخا للبيع ،واستينافه بألف والمائة الزائدة (٦) . ويرجع (٧) بها
مع الألف إن ردّه بعيب . ولا يصحّ بعد تلف العبد ، أو (٨) عتقه (٩).

- فصـــل -

وإذا ابتاع عبدا بعبد ، فقبض (١٠) العبد الذى ابتاعه ،
ولم يسلّم العبد الذى باعه ،فلا بأس أن يبيع العبد الذى قد ابتاعه ؛

---

(١) ثان : أثبته من جـ . وفي أ ، ب ، د : "ثاني " وهو خطأ.
(٢) ب : "وكانت " وهو خطأ.
(٣) د : لو ردّ .
(٤) كان : ساقط من د .
(٥) د : "كان " وهو خطأ.
(٦) ب : ومائة الزيادة.
(٧) د : ورجع.
(٨) د : " ولا ".
(٩) لم أقف على معظم تفريعات هذا الفصل في كتب الشافعية.
(١٠) د : "بعد قبض "بدل : " بعبد فقبض".

لأنه قد قبضه. ولا يجوز للآخر أن يبيع ما قد ابتاعه ؛لأنه لم يقبضه.

فلو تلف في يده هذا العبد الذى قد باعه ،ولم يسلّمه ، بعد أن باع العبد الذى قد ابتاعه وتسلّمه. بطل البيع الأوّل في العبد الذى قد باعه ،لتلفه قبل القبض . ولم يبطل [(١)] البيع الثاني في العبد الذى قد [(٢)] ابتاعه. لكن عليه دفع قيمته الى بائعه [(٣)] ؛ لأنه لمّا بطل البيع ،استحقّ الرجوع به ،وقد خرج بالبيع من ملكه ،فلزمه دفع قيمته .

فلو تلف العبدان جميعا في يده ،وجب عليه فيما ابتاعه غرم قيمته للأوّل ،وردّ ثمنه على الثاني ،لبطلان البيعين فيه [(٤)] .

- فصل -

وإذا ابتاع عبدا ،فذهب عضو منه في يد البائع قبل تسليمه ، لم يخل ذهاب عضوه من أن يكون بآفة سماء، [(٥)] أو بجناية آدمي .

فان كان [(٦)] بآفة سماء [(٥)] فالمشترى لأجله بالخيار بين فسخ

---

(١) هكذا قطع به جمهور الأصحاب ،إلاّ المتولى فانه قال: في بطلان البيع الثاني وجهان . أصحّهما : أنه لا يبطل قال : وهما مبنيان على أنّ الفسخ هل يرفع العقد من أصله ،أو من حينه ؟ إن قلنا من أصله ، بطل ،وإلاّ فلا . انظر : التكملة ٩/٢٧٠.

(٢) قد : ساقط من د .

(٣) ب : " دفع قيمة الذى باعه " وهو خطأ .

(٤) انظر : الشافي ٦/ب ،والفتح ٨/ ٤٢١ ،والروضة ٣/ ٥٠٧ ، وفي المرجعين الأخيرين فرضت المسألة في بيع عبد بثوب .

(٥) ب ،د : "سماوية " في الموضعين .

(٦) من ب ،جـ.وفي أ ،د : " كانت " وهو خطأ .

البيع لحدوث[1] الآفة به ،مع ضمانه على بائعه ،وبين الرضاء به وامضاء البيع فيه بجميع الثمن.

وإن كان ذلك بجناية آدمي ،لم يخل حال الجاني من ثلاثة أحوال : إمّا أن يكون البائع ،أو المشترى ،أو أجنبيّا.[2]

فان كان الجاني على عضو العبد أجنبيّا[2] ،كان للمشترى الخيار فيه ،لحدوث النقص في يد بائعه . فان فسخ ،كان للبائع مطالبة الجاني بالأرش ، لأنّ العبد قد رجع الى ملكه بالفسخ . فان لم يفسخ المشترى وأحبّ الإمضاء ،فالمشترى هو الذى يستحقّ مطالبة الجاني بالأرش ، لكن بعد قبض العبد . فأمّا قبل قبضه ، فلا مطالبة له ،لجواز أن يموت العبد في يد بائعه ،فيبطل البيع فيه ،ويجب أرش[3] الجناية لبائعه.

وإن كان الجاني على عضو العبد هو المشترى ،فجنايته مضمونة عليه ،[4] ولا خيار له بها . / فان تلف العبد بعد جنايته في يد البائع بحادث سماء.[5] فقد بطل البيع فيه ، لتلفه قبل القبض . وصار المشترى ضامنا أرش جنايته للبائع . وفي كيفية ضمانها وجهان :[6] ١٠٣/ب

---

(١) د : بحدوث .

(٢) في النسخ "أجنبي" في الموضعين والصواب ما أثبته.

(٣) أرش الجراحة : ديتها ،والجمع أروش . المصباح ص١٢.

(٤) أى لحصول النقص بفعله ،بل يمتنع بسببه الردّ بسائر العيوب القديمة أيضا . انظر : الفتح ٨/٤٠٨ ،والروضة ٣/٥٠٤.

(٥) د : بحادث من سماء.

(٦) في الفتح (٨/٤٠٩) : أصحّهما ـ وبه قال ابن سريج ،

===

أحدهما : يضمنها بالأرش المقدّر[1] في الأعضاء ، كالأجنبي .

والثاني : يضمنها بما نقص[2] من قيمته ،لأنّ الجناية كانت في ملكه ،بخلاف الأجنبي .

وإن كان الجاني على عضو العبد هو البائع ،فقد اختلف أصحابنا في جنايته هل تجرى مجرى حادث من سماء ، أو مجرى جناية آدمي ؟ على وجهين :[3]

أحدهما : أنها تجرى مجرى حادث من سماء ،فتوجب[4] للمشترى الخيار،ولا رجوع له بالأرش إن أحبّ المقام.

(والثاني[5] : أنها مضمونة كجناية الآدمي ،فتوجب[6] للمشترى الخيار)[7] . فان أحبّ المقام على البيع ، رجع على البائع

=== وابن الحدّاد -: أنه يقوّم العبد صحيحا ،ثم يقوّم مقطوعا ،ويعرف التفاوت بينهما ،فيستقرّ عليه من الثمن بمثل تلك النسبة .
والثاني - ويحكى عن القاضي أبي الطيّب - : أنه يستقرّ من الثمن ،بنسبة أرش اليد من القيمة ،وهو النصف .أهـ

(١) ب : بالأروش المقدّرة .

(٢) ب ،جـ : بها نقصت.

(٣) والوجه الثاني هو الأصحّ عند معظم الشافعية ،وجعل الغزالي الوجه الأول هو الأصح . انظر: الوجيز ١/ ١٤٥ ،والفتح ٨/ ٤١١ .

(٤) جـ : " فوجب " د : " فيوجب ".

(٥) ب : والوجه الثاني .

(٦) جـ : فوجب.

(٧) مابين القوسين ساقط من د .

*(بأرش جنايته بعد قبض العبد . فأمّا قبله فلا .

وفي كيفية رجوعه بالأرش وجهان : أحدهما : بالمقدّر في الأعضاء . والثاني : بقدر النقص من القيمة . (١)

- فصـــل -

فأمّا إن قتل العبد في يد بائعه ، فإن كان قتله بحقّ لا يضمن ، كالقود ، والقتل بالردّة . وقد بطل البيع فيه ، كما لو مات حتف أنفه .

وإن كان قتله بغير حقّ (٢) ، لم يخل حال قاتله من ثلاثة أحوال . إمّا أن يكون البائع)* (٣) أو المشترى ، أو أجنبيًا . (٤)

فإن قتله المشترى ، كان ذلك قبضا (٥) ، ولا خيار له . وإن قتله أجنبي ، ففي البيع قولان : (٦)

---

(١) أنظر تفريعات هذا الفصل في : الوجيز ١/ ٤٥ ، والشافي ٦/ب ، والفتح ٨/ ٤٠٨ ، والروضة ٣/ ٥٠٤ ، والمنهاج مع المغنى ٢/ ٦٨ ، والنهاية ٤/ ٨٣ ، والتحفة ٤/ ٤٠٠ ، وشرح المحلي ٢/ ٢١٢ .

(٢) من ب ، جـ ، وفي أ : " بحق " وهو خطأ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) في النسخ "أجنبي " وهو خطأ والصواب ما أثبته .

(٥) وذلك لأنه أتلف ملكه ، فصار كما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب ، يبرأ الغاصب ، ويصير المالك مستردًا بالإتلاف. هذا هو الصحيح من المذهب . وفي وجه : أنّ إتلاف المشترى لا يكون قبضا ، ولكن عليه القيمة للبائع ، ويستردّ الثمن .
انظر : الفتح ٨/ ٤٠٠ ، والروضة ٣/ ٤٩٩ .

(٦) وذكر الشيخان في ذلك طريقين . أظهرهما : أنه على قولين :

===

أحدهما : قد يبطل[١] ، لتلفه قبل القبض كالموت . وللبائع مطالبة القاتل بقيمته .

والقول الثاني : أنّ البيع لا يبطل ، لأنه قد انتقل بالجناية[٢] الى بدل ، بخلاف الموت. لكن يكون المشترى بالخيار. فان فسخ كان البائع هو المطالب للقاتل بالقيمة ، لعوده الى ملكه. وإن أقام على البيع ، كان المشترى هو المطالب للقاتل بالقيمة ، لاستقراره في ملكه.

فان كان القاتل هو البائع ، فعلى وجهين[٣] :

أحدهما : أن جنايته كحادث من سماء . فعلى هذا يبطل البيع كما لو مات.

والثاني : أنها[٤] كجناية الآدمي ، فعلى هذا يكون في بطلان البيع قولان على ما مضى.[٥]

=== أصحهما : عدم البطلان. وبه قال أبوحنيفة ، وأحمد . والثاني : البطلان. والطريق الثاني : القطع بعدم البطلان. انظر : الفتح ٨/٤٠٠ ، والروضة ٣/٥٠٠.

(١) د : قد تبطل.

(٢) من ب ، جـ. وفي أ . د : "بالخيار" وهو تصحيف.

(٣) فيه أيضا طريقان . أصحهما : أنه على قولين . أظهرهما : ينفسخ البيع ، كالآفة. والثاني : لا . فعلى هذا إن شاء المشترى فسخ البيع وسقط الثمن . وان شاء أجاز وغرم البائع القيمة ، وأدّى له الثمن. والطريق الثاني : القطع بالقول الأول . أنظر : الفتح ٨/٤٠١ ، والروضة ٣/٥٠٠.

(٤) د : أنه . وهو خطأ.

(٥) انظر في تفريعات هذا الفصل : الفتح ٨/٣٩٩ ، والروضة ٣/٤٩٩ ، والمنهاج مع المغني ٢/٦٦ ، والنهاية ٤/٨٠ ، وشرح المحلى ٢/٢١١.

- فصــــل -

فلو اشترك المشترى والبائع في قتله ،لزم[١] البيع في نصفه ، وهو ما قابل جناية المشترى ،لأنه كالقابض له بجنايته .

فأمّا البيع في النصف الباقي[٢] المقابل[٣] لجناية البائع.

فان قيل إنّ جنايته كافة من سماء ،بطل البيع فيه ،ورجع المشترى عليه بنصف الثمن . ولا خيار له في فسخ ما قد لزمه بجنايته ،وإن تبعّضت الصفقة ،[٤] لفوات ردّه.

وإن قيل إنّ جناية البائع كجناية الأجنبي ،ففي بطلان البيع في نصفه الباقي[٥] قولان :

أحدهما : / قد بطل[٦] على ما مضى . وللمشترى استرجاع نصف الثمن . ١٠٤/أ

والثاني : لا يبطل البيع فيه . لكن يكون المشترى بالخيار في فسخ البيع فيه ،واسترجاع نصف الثمن . أو إمضاء البيع فيه وأخذ نصف القيمة .كما لو كان شريك المشترى أجنبيا .[٧]

---

(١) د : لزمه.

(٢) د : الثاني .

(٣) د : "القاتل" وهو تصحيف.

(٤) ب : الصفقة به.

(٥) د : الثاني .

(٦) د : قد بطل البيع .

(٧) أنظر : المغني ٦٧/٢ ،والنهاية ٨٢/٤ (وكلاهما نقلاه عن الماوردى مختصرا).

- فصـــل -

ولو ابتاع جارية بكرا، فوطئها، فأذهب بكارتها في يد البائع، ثم ماتت الجارية قبل القبض، بطل البيع فيها. ووجب على المشترى أرش بكارتها، ولم يجب عليه مهرها؛ لأنّ المهر من كسبها، والكسب للمشترى. وأرش البكارة لاستهلاك ما زال ملك المشترى عنه.(١)

- مسألـــة -

قال الشافعي رحمه الله(٢): (ومن ابتاع(٣) جزافا، فقبضه أن ينقله من موضعه. وقد روى عن عمر، وابن عمر(٤): أنهم كانـــوا يتبايعون الطعام جزافا، فبعث النبيّ صلّى الله عليه وسلّم من يأمرهـــم بانتقاله من الموضع الذى ابتاعوه(٥) فيه الى موضع غيره.)(٦)

---

(١) هذا هو الصحيح في المذهب، وفي وجه: يجب عليه المهـــر كافتضاض الأجنبي. وأرش البكارة هل يدخل فيه، أو يفرد؟ فيه وجهان: أصحّهما: يدخل فعليه مهر مثلها بكرا. والثاني: يفرد. فعليه أرش البكارة، ومهر مثلها ثيّبا. انظر: الفتح ٨/٣٧٨، والروضة ٣/٤٩١، والمغنى ٢/٦٣، والنهاية ٤/٦٩.

(٢) ب، د: رضي الله عنه.

(٣) ب، جـ، م: ابتاعه.

(٤) جـ: بزيادة "رضي الله عنهما".

(٥) أثبته من ب، جـ، م وفي أ، د: "باعوه".

(٦) انظر: المختصر ٢/ ١٨١ والأمّ ٣/٦٠. والحديث رواه البخارى ٣/٨٧، ومسلم ٣/١١٦٠، ===

وأصل [(١)] هذا أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أطلق ذكر القبض، كما أطلق التفرّق في البيع ،والإحياء في الموات [(٢)] ، والإحراز في السرقة ، لاختلافها وأنّ [(٣)] للناس عرفا معتبرا فيها .

وإذا كان كذلك ،فالقبض يختلف بحسب اختلاف المبيع . فالمبيع لا يخلو حاله من أحد أمرين : إمّا أن يكون منقولا ،أو غير منقول .

فان كان غير منقول ،كالعقار [(٤)] والأرضين ،فقبض ذلك بتخلية البائع ،وتمكين [(٥)] المشترى ،وتخلية البائع برفع يده وتصرّفه .

فان وجدت التخلية من البائع ،ولم يوجد التمكين من المشترى ، لم يتمّ القبض . وإن وجد التمكين من المشترى ،ولم توجد التخلية من

=== وأبو داود ٣/٢٨١ ،والنسائي ٧/٢٥٣ ،وابن ماجة ٢/٧٥٠ ، والشافعي في الأمّ ٣/٦٠ وابن الجارود ص ٢٠٧ ،وأحمد ١/٥٦ ، ٢/١١٢ والبيهقي ٥/١١٤ وابن أبي شيبة ٦/٣٩٤ كلهم من حديث ابن عمر بنحوه .

(١) ب : فأصل .

(٢) المَوات : بفتح الميم ،الأرض التي خلت من العمارة والسكّان . وقيل : هي الأرض التي لا مالك لها ،ولا ينتفع بها أحد . انظر : المصباح ص ٥٨٤ ،والمختار ص ٦٣٩ .

(٣) د : ولأنّ .

(٤) العَقَار : كلّ ملك ثابت له أصل ،كالأرض والنخل والأبنية ، والجمع عقارات . انظر : المصباح ص ٤٢١ ،والمختار ص ٤٤٥ .

(٥) د : "وتمكّن" قلت : والمقصود منه أن يمكّنه البائع من التصرّف في المبيع وذلك بتسليم نحو المفتاح ، وعدم وجود مانع حسّي أو شرعي .

البائع ، فتمكّن (١) المشترى غير كامل ،والقبض غير تامّ.

ولو باعه الأرض مذارعة ،فتمام القبض يكون بالذرع مع التخلية والتمكين. (٢)

- فصل -

وإن كان المبيع منقولا ،فلا يخلو حاله من أحد أمرين :

إمّا أن يكون جزافا ،أو مقدّرا بكيل أو وزن .

فان كان جزافا غير مكيل ولا موزون ،كصبرة من طعام أو ثوب ،أو عبد ،أو دابة ،أوسفينة ،فقبض (٣) ذلك بتحويله ونقله. (٤)

وقال أبو حنيفة (٥) : قبض هذا بالتخلية والتمكين ، دون النقل والتحويل كالدور والعقار. (٦)

---

(١) ب ،جـ : فتمكين .

(٢) انظر : فتح العزيز ٨/٤٤٢ ،والروضة ٣/٥١٥ ،ومغني المحتاج ٢/٧١.

(٣) د : وقبض .

(٤) هذا هو القول المشهور لدى الشافعية ،وهو المذهب ،وبه قال الحنابلة . وفي قول للشافعي : يكفي فيه التخلية . وفي وجه : أنّ التخلية كافية لنقل الضمان الى المشترى ،وغير كافية لجواز تصرّفه ،لأنّ البائع أتى بما عليه ،والمقصّر المشترى حيث لم ينقل فليثبت ما هو حقّ البائع. انظر : الفتح ٨/٤٤٤ ،والروضة ٣/٥١٥ والتكملة ٩/٢٧٦ . وفي مذهب الحنابلة : كشّاف القناع ٣/٢٣٥ والمقنع ص١٠٨.

(٥) وهو رواية عن أحمد وبه قال مالك في بيع الجزاف. انظر : الإفصاح ١/٢٢٤ والمغني لابن قدامة ٤/٨٥.

(٦) انظر في مذهب الحنفية : البدائع ٧/٣٢٤٨ وفيها :

===

وهذا خطأ ،لرواية معمر (١) ،عن الزهرى ،عن سالم ، عن ابن عمر ،قال : "رأيت الناس يُضربون على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ، إذا اشتروا الطعام جزافا ، أن يبيعوه حتى ينقلوه إلى رحالهم. (٢)(٣)

=== " التسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلّي . وهو أن يخلّى البائع بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكّن المشترى من التصرّف فيه ".
ثم استدلّ لمذهبه بقوله : " ولنا : أنّ التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالما خالصا ،يقال : سلم فلان لفلان . أى : خلص له . وقال الله تعالى : " ورجلا سلما لرجل " أى سالما خالصا لا يشركه فيه أحد .
فتسليم المبيع الى المشترى هو جعل المبيع سالما للمشترى ، أى خالصا بحيث لا ينازعه فيه غيره . وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع ،والتخلّي قبضا من المشترى".
والفتاوى الهندية ١٦/٣ ،والدرّ المختار مع حاشية ابن عابدين ٥٦١/٤.

(١) هو المحدث المشهور أبو عروة معمر بن راشد بن أبي عمرو البصرى . سكن صنعاء . تفقّه وسمع من همام بن منبّه اليمني ، والزهرى ،وهشام بن عروة ،وخلائق . وأخذ عنه الثورى ،وابن عيينه وعبد الرزّاق فقيه اليمن . واتفقوا على توثيقه وجلالته . توفى سنة ١٥٣ هـ وهو ابن ٥٨ سنة.
انظر في ترجمته : طبقات فقهاء اليمن ص ٦٦ ،وتهذيب الأسماء ١٠٧/٢ ،والتذكرة ١٩٠/١ ،والشذرات ٢٣٥/١ .

(٢) في النسخ : "أن يبيعه حتى ينقله الى رحله "وهو لا يلائم السياق .

(٣) أخرجه البخارى ٩٠/٣ ومسلم ١١٦١/٣ وأبو داود ٢٨٢/٣ ، والنسائي ٢٥٣/٧ ،كلهم بألفاظ متقاربة بنحو الماوردى .
قلت : والرَّحْل : هو المسكن والمنزل ،جمعه رحال . انظر : المختار ص ٢٣٧ ،والمصباح ص ٢٢٢.

ولأنه منقول ،فلم يتمّ قبضه بمجرد التمكين ،كالمكيل .

وإذا ثبت أنّ قبضه لا يتمّ إلّا بالنقل والتحويل ،نظر ،فإن كان البائع قد قبض ثمنه / ، جاز للمشترى أن ينفرد بنقله من غير حضور البائع ولا إذنه ؛لأنه لا حقّ للبائع في منعه ،فلم يفتقر المشترى في القبض الى إذنه. ١٠٤/ب

فان لم يكن البائع قد قبض الثمن ،أوبقيت له منه بقية لم يكن للمشترى نقله إلّا عن إذن البائع ،دون حضوره ؛لأنه يستحقّ حبسه على ثمنه .

ثم لا يستقرّ القبض بالتحويل إلّا بعد إخراجه من الحرز الذى كان فيه الى غيره. فان نقله من أحد جانبي الدار الى الجانب الآخر ، لم يتمّ القبض . وكذلك لو نقله من علوّ الدار الى سفلها ،ومن سفلها الى علوّها ،لم يتمّ القبض ؛ لأنّ الحرز واحد .

ولو نقله من بيت في الدار الى بيت آخر فيها ،لم يجز،(١) إلّا أن تكون الدار خانات(٢) للتجّار ، وكل بيت منها حرز

---

(١) وذكر الرافعي والنووى أنّ المبيع إن كان في دار البائع ،أو في بقعة مخصوصة به ،فالنقل من زاوية الى زاوية أو من بيت من الدار الى بيت آخر ،بدون إذن البائع ،لا يكفي لجواز التصرّف ،ولكن يكفي لدخوله في ضمانه. وإن نقل باذنه حصل القبض ،وكأنه استعار ما نقل إليه المال . انظر : الفتح ٨/ ٤٤٥. والروضة ٣/ ٥١٦.

(٢) ج : "خانقان" وهوتصحيف . د : "خانا" بسقوط الحرف الأخير قلت : والخانات جمع خانة ،بمعنى الحانوت ،وهو معرّب . انظر : المعجم الوسيط ١/ ٢٦٢.

لرجل مفرد[1] ،فيتمّ القبض لاختلاف الأحـراز . فاذا نقله عن الحرز الذى كان فيه استقرّ القبض ،وان لم يجعل[2] في حرز المشترى .

فلو لم ينقله المشترى من حرز البائع ،حتى اشترى الحرز منه ، لم يلزمـه نقله[3] ،واستقرّ قبض الطعام بالتمكين من حرزه الـذى ابتاعه ،لأنه إذا ملك الموضع مع ما فيه ،لم يلزمـه نقل ما فيه .

ألا ترى أنه لو اشترى دارا مع ما فيها من المتاع لم يفتقـر قبض المتاع الى تحويله من الدار ،وكان تمكينه من الدار قبضا للدار ولما فيها من المتاع.[4]

ولو استعار الحـرز ولم يشتره ، لم يكن ذلك قبضـا . ولو استأجره كان فيه وجهان :[5]

أحدهما : يكون قبضا ،لأنه بالإجارة قد ملك المنافع .

والثاني : لا يكون ذلك[6] قبضا ، حتى ينقل ،لأنّ ملك الحرز لم ينتقل .

---

(١) ب ،ج : مفرد لرجل .

(٢) ب : وان لم يحصل .

(٣) قال الشربيني : ولو اشترى صبرة ،ثم اشترى مكانها ،لم يكف خلافا للماوردى ،كما لو اشترى شيئا في داره فانه لا بدّ من نقله . مغني المحتاج ٢/٧٢.

(٤) قلت : ذكر الرافعي والنووى في الأمتعة وجهين . أصحّهما : أنه لا بدّ فيها من النقل ،كما لو بيعت وحدها . والثاني : أنّ القبض يحصل فيها أيضا تبعا . انظر : الفتح ٨/٤٤٥ ، والروضة ٣/٥١٦.

(٥) أصحّهما : أنه ليس قبضا . انظر: الروضة ٣/٥١٦ ،والمجموع ٩/٢٧٧.

(٦) ذلك : لا يوجد في ب .

- فصـــل -

وإن كان المبيع مكيلا أو موزونا ،فقبضه يتمّ بشيئين :

أحدهما : كيل المكيل ،ووزن الموزون . والثاني : النقل والتحويل .

فان نقله عن مكيله (١) من غير كيل ،ولا وزن ،صار من ضمانه .

لكن لم يتمّ القبض ، (فلا يجوز له بيعه حتى يكال أو يوزن. (٢) ولو (٣) اكتاله أو وزنه ، ولـــــم يحوّله ،لم يتمّ القبض) ، (٤) ولم يصـــر مضمونا عليه ،لأنه لم يخرج عن يد بائعه .

ثمّ (٥) لا يصحّ هذا القبض إلّا بحضور البائع كيله ، أوحضور وكيله فيه ،وحضور المشترى لاكتياله ،أوحضور وكيله فيه . سواء تقابضـا الثمن ،أم لا .

فلو أذن البائع للمشترى أن يكتاله لنفسه ،لم يصحّ إلّا أن يكون (٦) عند الكيل مقبض من جهة البائع ،وقابض من جهة المشـــترى ، ويكون الكّيال أمينا يرضيان به .

---

(١) عن مكيله ،أثبته من ب . أ "غيـر مكيلا " جـ " غير مكيل ". د " مكيلا " كله خطأ والصواب ما أثبته .

(٢) قال الرافعي في الفتح (٨/٤٤٨) : " وأمّا تصرّفه فيه بالبيع ونحوه ،فان باع الكلّ ،لم يصحّ ،لأنه قد يـزيد على القدر المستحق وإن باع ما يستيقن أنه له فوجهان : عن أبـــي إسحاق أنه يصحّ . وقال ابن أبي هريرة ،وساعده الجمهور : لا يصحّ ،لعدم القبض المستحقّ بالعقد " وراجع أيضا : الروضة ٣/٥١٨ والمجموع ٩/٢٧٨.

(٣) ب : وان.

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) ثم : ساقط من د .

(٦) ب : حتى يكون.

فان [(١)] قال البائع : أنا أكيله بنفسي ،لم يلزم المشتري الرضاء به وإن قال المشترى : أنا أكتاله لنفسي ،لم يلزم البائع الرضاء به. فان تراضيا بكيّال ،وإلاّ نصب الحاكم لهما كيّالا أمينا. [(٢)]

وأجرة الكيّال واجبة على / البائع [(٣)] ،لأنّ الكيل من حقوق التسليم . وقال أبوحنيفة : [(٤)] أجرة الذى يملأ القفيز على البائع ،وأجرة الذى يفرّغ على المشترى . ١٠٥/أ

وهذا غير صحيح ،لأنّ تفريغ القفيز من تمام التسليم.

فأمّا أجرة وزّان الثمن فلازمة للمشترى [(٥)] ،لأنّ وزن الثمن من حقوق التسليم.

وأمّا [(٦)] أجرة ناقد الثمن ،فعلى وجهين : [(٧)]

أحدهما : على المشترى أيضا مع أجرة الوزّان ، لأنّ النقد من كمال التسليم.

والثاني: على البائع ،لأنه يستظهر بذلك لنفسه.

---

(١) ب : فلو .

(٢) انظر : الفتح ٤٥٠/٨ ،والروضة ٥١٨/٣.

(٣) وكذا يجب عليه أجرة وزّان المبيع وعدّاده أيضا . انظر: أسنى المطالب ٨٨/٢ ،والمغني ٧٣/٢ .

(٤) قلت : الكيل والصبّ في وعاء المشترى على البائع على القول المختار عند الحنفية ،وبه قطع أكثرهم . وفي عيون المسائل (١٢٨/٢) :"وقال محمّد : الكيل على البائع ،وليس عليه أن يصبّه" . انظر : مختصر الطحاوى ص ٨٤. والبدائع ٣٢٤٧/٧ والدرّ المختار مع ابن عابدين ٥٦٠/٤ ،ولسان الحكّام ص ٣٥٦.

(٥) باتفاق الأئمة الأربعة. أنظر: حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٤.

(٦) من ب وفي سائر النسخ: "فاما " .

(٧) أصحهما : أنها على البائع . انظر: الفتح ٤٥٤/٨ ،والروضة ٥١٩/٣.

وما اشترى كيلا ، فلا يتمّ قبضه بالوزن . وكذا ما اشترى وزنا ، فلا يتمّ [(١)] قبضه بالكيل [(٢)] . ولو اشترى منه بمكيال ، فاكتاله بغير جنس ذلك المكيال ، لم يجز . مثل أن يشترى منه مائة صاع من طعام ، فيكتاله بالقفيز ، لم يتمّ القبض ، كما لو قبض المكيل بالوزن .

لكن لو اشترى منه قفيزا من طعام ، فاكتاله منه بالمكوك الذى هو ربع القفيز ، ففيه وجهان . وكذا لو اكتال الصاع بالمدّ ، كان على وجهين .

فأمّا المعدود ، فقبضه بالعدد والتحويل . [(٣)]

- فصل -

فأمّا ما باعه الأب لنفسه على ابنه الصغير بحقّ ولايته عليه ، ففي كيفيّة قبضه وجهان : [(٤)]

أحدهما : بالنقل والتحويل ، كما ذكرنا .

والثاني : بالنيّة إذا كانت تحت قدرته ، من غير نقل ولا تحويل ، إلاّ أن يكون مكيلا أو موزونا ، فلا بدّ من كيله أو وزنه . [(٥)]

---

(١) أ ، ب ، د : لا يتمّ . والمثبت من "ج".

(٢) لكنه يكفي لنقل الضمان الى المشترى . انظر : الروضة ٣/٥١٨ وحاشية الشرواني على التحفة ٤/٤١٨.

(٣) انظر : الروضة ٣/٥١٧ وأسنى المطالب ٢/٨٧ ، والمغني ٢/٧٣ ، والتحفة ٤/٤١٨ ، وحاشية الجمل ٣/١٧٣.

(٤) والوجه الأوّل هو الأصحّ لدى الشافعية . انظر: الفتح ٨/٤٥٨ ، والروضة ٣/٥٢١ ، والمجموع ٩/٢٨٠.

(٥) ب : ووزنه .

فلو أرسل الأب عبده في حاجة ،ثم باعه على ابنه الصغير بنفسه ، فتلف العبد قبل أن يعود من الرسالة ، بطل البيع ،وكان تالفا من مال الأب ،وسقط عن الابن الثمن ،لأنه مبيع تلف في يد بائعه قبل القبض .

ولو كان العبد عاد الى يد الوالد [١] ،وجرت عليه قدرته ، ثم مات ،كان البيع جائزا ،وكان تالفا من مال الابن ،وعليه جميع الثمن .

ولو عاد الى يد الوالد بعد بلوغ الابن رشده ،ثم مات بطل البيع ، وكان تالفا من مال الأب ،لأنّ الابن إذا بلغ ،لم يصحّ القبض فيما اشترى له إلّا بنفسه ، دون أبيه ، وإن [٢] كان أبوه قد تولّى العقد .

وقال محمّد بن الحسن: [٣] إذا كان الأب قد تولّى العقد في صغر ابنه ، صحّ أن يتولّى القبض في كبر [٤] ابنه .

وهذا خطأ ،لأنّ تولّي الأب العقد والقبض عن ابنه انما يصحّ لتعذّر ذلك من الابن (بالصغر، فاذا كبر الابن لم يصحّ ذلك من الأب ،لامكان ذلك من الابن) [٥] بالكبر.

---

(١) أ ،د : "يد البائع" والمثبت من ب ،ج .
(٢) د : ولو .
(٣) قلت : بل صرّح الامام محمّد في الجامع الكبير (ص ٤ ١ ٢) بخلاف ذلك حيث قال : " فان لم يرجع -اى العبد - حتى كبر الابن ،فقبضه الأب له ،ثم مات ، مات من مال الأب ، ولم يجز قبض الأب ."
وفي الفتاوى الهندية (٣ / ٢٣) : " فان رجع بعد بلوغ الابن ،لم يصر الأب قابضا ،ويقبض الابن بنفسه ".
(٤) ب ،جـ : بعد كبر.
(٥) ما بين القوسين ساقط من د .

فلو كان الأب حين أرسل عبده في حاجة ،وهبه لابنه الصغير، ثم مات الأب قبل أن / يرجع اليه العبد ،بطلت الهبة ،وكان العبد ١٠٥/ب ميراثا بين جميع الورثة ،لفوات القبض الذى تتمّ به الهبة .

وقال محمّد بن الحسن (١) : يكون العبد للابن ،ولا يفتقر الى قبض ، بخلاف البيع ؛لأنّ البيع (٢) مضمون ،والهبة غير مضمونة . ألا ترى أنه لو وهب لابنه الصغير عبدا آبقا (٣) جاز . ولو باعه عبدا آبقا ، لم يجز .

قال أبو العبّاس بن سريج : (٤) إنما جازت هبة الآبق ،ولم يجز بيعه ؛لأنّ الإباق غرر يجوز في الهبة ،ولا يجوز في البيع .

- مسألـــة -

قال الشافعي : (ومن ورث طعاما ،كان له بيعه قبل أن يقبضه ؛لأنه غير مضمون على غيره).(٥)

وهذا صحيح ، بيع الميراث قبل قبضه جائز،(٦) لعلّتين :

---

(١) انظر قوله في : الجامع الكبير ص ٢١٥.

(٢) أ : " لأنّ المبيع " والمثبت من ب ،جـ ،د .

(٣) الآبق : هو العبد الذى يهرب من سيّده . والجمع "أُبَّاق " مثل كافر وكفّار . انظر : المصباح ص ٢.

(٤) لم أقف على قوله .

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/١٨٢.

(٦) انظر : التنبيه ص ٦٣ ،والمهذّب ١/٢٦٩ ،والفتح ٨/٤٢٣ وفيه : " ولو ورث مالا ،فله بيعه قبل قبضه ،إلاّ إذا كان المورّث لا يملك بيعه أيضا مثل ما اشتراه ولم يقبضه " والروضة ٣/٥٠٨ ، والمجموع ٩/٢٦٥.

إحداهما : أنّ تلفه قبل القبض لا يبطل سبب ملكه ، وهو الميراث ،وتلف المبيع قبل قبضه يبطل سبب ملكه ،وهو البيع .

والعلّة الثانية : أنه مضمون عليه إن تلف قبل قبضه ، وليس بمضمون على غيره .

- فصل -

فأمّا بيع الشيء الموصى به ،فان كان قبل القبول ، لم يجز ، وإن كان بعد القبول وقبل القبض جاز ، لما ذكرناه من العلتين في الميراث لاستقرار الملك بالقبول.(١)

- فصل -

فأمّا بيع الوديعة قبل استرجاعها بالقبض ،فجائز من المودع وغيره ،لما ذكرناه من المعنيين.(٢)

لكن إن باعها من المودع ،فهل يعتبر في قبضها النقل والتحويل ، أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يعتبر فيها النقل ؛لأنها في قبضه.

والثاني : أنه لا يصحّ قبضها إلّا بالنقل والتحويل ؛لأنها كانت في قبضه للمالك ،وهو إنما يقبضها لنفسه بالبيع .

---

(١) انظر المراجع السابقة . قلت : وفي بيع الموصى به قبل القبول يوجد بعض التفصيل ،فقد جاء في الروضة : " وان باعه بعد الموت - أى موت الموصى - وقبل القبول ،جاز إن قلنا : تملك الوصيّة بالموت. وان قلنا : بالقبول ،أو هو موقوف ،فلا ".

(٢) انظر : المهذّب ١/٢٧٠ ،والفتح ٨/٤٢٢ ،والروضة ٣/٥٠٨، والمجموع ٩/٢٦٥ والمنهاج مع المغني ٢/٦٩.

فأمّا إذن البائع له في القبض ،فان كان قد دفع الثمن لم يحتج الى إذنه ،وإن لم يدفع الثمن ،فلا بدّ من إذنه.

- فصـــل -

وأمّا بيع العارية قبل استرجاعها ،فجائز [(١)] لعلّة واحدة . وذلك أنّ تلفها قبل القبض لا يبطل سبب الملك ولا يكون ضمانها على المستعير مانعا من جواز البيع ،كما لا يكون ضمانها بالسوم مانعا من جواز البيع . [(٢)]

فان بيعت على غير المستعير كان قبضها موقوفا على إذن البائع سواء قبض الثمن أم لا ليكون الإذن مسقطا لضمان المستعير .

فان قبضها المشترى من المستعير بغير إذن البائع المعير فان لم يكن الثمن [(٣)] مقبوضا لم يصحّ القبض في البيع لعدم الاذن ،وضمنها المشترى باليد ، وضمنها المستعير بالدفع .وإن كان الثمن مقبوضا صحّ القبض في البيع . وهل يسقط ضمانها عن المستعير؟ على وجهين :

---

(١) بدون خلاف وكذلك كل عقد كان خالصا للرفق فلا خلاف أنّ القبض ليس شرطا في بيعه . أنظر : بداية المجتهد ٢/ ١٢١، والمغني لابن قدامة ٤/ ٨٨ .

(٢) انظر : الفتح ٨/ ٤٢٤ ،والروضة ٣/ ٥٠٩ ،والمجموع ٩/ ٢٦٦، والمنهاج والمغني ٢/ ٧٠ ،والنهاية ٤/ ٨٩ ،وقليوبي ٢/ ٢١٣ وفيه : " ويصحّ التصرّف فيه -اى المعار- وان لم يمكن ردّه على المعتمد خلافا للماوردى حيث قال : إن أمكن ردّه كدار ودابّة صحّ ،وإلاّ كارض بنيت أو غرست فلا يصحّ لجهل المدّة ،ولأنّ استرجاعها لا يمكن إلاّ بغرم قيمة البناء أو الغراس أو أرش النقص و ذلك لا يجب على واحد من العاقدين."

(٣) د : "فان كان الثمن " وهو خطأ .

أحدهما : لا يسقط عنه ضمانها / ؛ لأنه دفعها من[1] غير إذن مالكها . ١٠٦/أ

والثاني :[2] قد سقط عنه الضمان لزوال ملك المعير عنها وحصولها في يد مالكها .

فلو ابتاعها المستعير صحّ البيع . وهل يفتقر قبضها الى النقل والتحويل؟ على ما ذكرنا من الوجهين في الوديعة .

- فصل -

فأمّا بيع المغصوب قبل استرجاعه فان بيع على غاصبه جاز؛[3] لأنه في قبضه وتحت قدرته . وهل يحتاج في قبضه عن البيع الى النقل والتحويل؟ على الوجهين .

وان بيع على غير غاصبه فان لم يكن البائع قادرا على انتزاعه من غاصبه ولا المشترى أيضا قادر على قبضه فبيعه باطل كالعبد الآبق لتعذّر قبضه .

وإن كان البائع قادرا على انتزاعه صحّ البيع وعليه انتزاعه من يد غاصبه وإقباضه للمشترى . وإن كان البائع غير قادر على انتزاعه ولكن المشترى قادر على أخذه وانتزاعه صحّ البيع أيضا . فان انتزعه ثبت البيع واستقرّ الملك .

---

(١) أثبته من ب ،د . وفي أ ، جـ : عن .

(٢) ب : والوجه الثاني .

(٣) انظر : الفتح ٤٢٥/٨ ،والروضة ٥٠٩/٣ ،والمجموع ٢٦٦/٩ ، وكلهم صرّحوا بجواز بيعه من غاصبه ولم يذكروا حكم بيعه من غير غاصبه . ولكن ذكره ابن قدامة في المغني ٨٨/٤ مع التفصيل المذكور في الحاوى .

وإن [١] قال المشترى : لست أقدر على انتزاعه لم يبطل البيع لكن يكون المشترى بالخيار في فسخ البيع ،لأنّ ذلك عيب . فان ادّعى البائع على المشترى أنه قادر على انتزاعه وجب على المشترى اليمين ، وله الفسخ .

- فصل -

وأمّا بيع ما ملك بالصلح قبل قبضه ،فان كان صلحا يجرى مجرى الإبراء جاز من المصالح وكان في معنى بيع الدين بالعين ،ولم يجز من غيره ،لأنه بيع الدين بالدين . وإن كان صلحا يجرى مجرى البيع لم يجز بيعه من المصالح ولا من غيره كالبيع.[٢]

- فصل -

وأمّا بيع ما مُلك بالخلع والصداق قبل قبضه [٣] ففي جوازه وجهان مخرّجان من اختلاف قول الشافعي في تلف ذلك قبل قبضه هل يوجب

---

(١) ب : ولو .

(٢) انظر : الفتح ٨/٤٢٥ ، والروضة ٣/٥٠٩ ،والتكلمة ٩/٢٦٦ ، وكلهم ذكروا أنّ بدل الصلح لا يجوز بيعه قبل قبضه . ولكنهم لم يذكروا التفصيل الذى ذكره الماوردى قلت : وبه صرّح ابن قدامة الحنبلي أيضا في مغنيه ٤/٨٧ . وذكر ابن رشد في بداية المجتهد ٢/١٢١ عدم الخلاف في ذلك.

(٣) قلت : وقد ذكر الرافعي والنووى أنّ فيه قولين مبنيين على أنّ الصداق مضمون في يد الزوج ضمان اليد أو ضمان العقد ؟ فان قلنا ضمان اليد جاز كالعارية وان قلنا ضمان العقد - وهو الأصحّ - فهو كالمبيع فلا يجوز بيعه قبل قبضه . انظر الفتح ٨/٤٢٥ ،والروضة ٣/٥٠٩، والمجموع ٩/٢٦٧ قال : وفي بيعه للزوج نفس الخلاف والمذهب أنه لا يجوز.

الرجوع بقيمته أو بمهر المثل[١] ؟ فأحد القولين يوجب الرجوع بمهر المثل . فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه ؛[٢] (كالبيع ، لأنّ تلفه يبطل سبب ملكه . والثاني : يوجب الرجوع بقيمته . فعلى هذا يجوز بيعه قبل قبضه)[*] لأنّ سبب ملكه لا يبطل متلفه .

- مسألــــة -

قال الشافعي : (ولو أسلف[٣] في طعام وباع طعامـــا آخر فأحضر المشترى منه اكتياله[٤] من بائعه وقال : "أكتال لـــك" لم يجز ؛ لأنه بيع الطعام قبل أن يقبض).[٥]

اختلف أصحابنا في صورة هذه[٦] المسألة :

فقال بعضهم : صورتها في رجل أسلم في طعام الى أجل . فلمّا حلّ الطعام باعه على آخر قبل قبضه ، فهذا بيع باطل[٧] لرواية

(*) ما بين القوسين ساقط من أ ، ج ، د . وأثبته من ب .

(١) وقد ذكرها الشافعي في الأمّ ٥٣/٥ . قال الربيع : والقول بالرجوع بمهر المثل هو آخر قوليه .

(٢) قلت : وبه قطع الشيرازى وأكثر أصحاب الشافعي العراقييـــن ، وهو مذهب المالكية أيضا . أمّا الحنفية فقد أجازوا بيع الصداق والخلع قبل القبض وبه قال القاضي من الحنابلة . وأمّـــا جمهورهم فقد فرّقوا بين الصداق والخلع فأجازوا بيع الخلـــع قبل القبض دون الصداق . انظر : المجموع ٢٦٧/٩ وبداية المجتهد ٢٢١/٢ ، والمغني لابن قدامة ٨٧/٤ ، وفتـــح القدير ٥١٢/٦ .

(٣) م : ولو أسلم .

(٤) م : فأحضر المشترى من اكتاله .

(٥) انظر : مختصر المزني ١٨٢/٢ .

(٦) ب : بدون " هذه ".

(٧) بدون خلاف ، وكذا الحكم إذا كان المسلم فيه غير الطعام عنـد

==

الشافعي عن مالك ،عن نافع[1] عن ابن عمر أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : "من ابتاع طعاما فلا يبعه[2] / حتى يستوفيه ."[3] ١٠٦/ب

وقال آخرون[4] : بل صورتها في رجل أسلم إلى رجل في طعام الى أجل ،وأسلم اليه غيره في طعام إلى مثل ذلك الأجل ، فحلّ الطعام الذى له ،وحلّ الطعام الذى عليه ،فقال لمن له عليه الطعام : "احضر معي إلى من لي عليه الطعام حتى أكتاله لك منه وأقبضه لك" لم يجز لرواية الحسن :" أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان "[5] وقد رواه ابن سيرين مسندا عن أنس . ومعنى الصاعين : صاع البائع وصاع المشترى . ولأنهما عقدان يفتقر كلّ واحد منهما إلى قبض فلم يجز أن يكون القبض الواحد نائبا عن العقدين .

=== الجمهور . وقال المالكية : يجوز بيعه قبل قبضه من بائعه بمثل ثمنه أوأقلّ لا أكثر ،لأنه يتّهم في الأكثر بسلف جرّ منفعة . ويجوز بيعه من غير بائعه بالمثل وأقلّ وأكثر يدا بيد ، ولا يجوز بالتأخير للغرر ،لأنه انتقال من ذمّة إلى ذمة . ولو كان البيع الأول نقدا لجاز .
أنظر : المغني لابن قدامة ٢٢٧/٤ ،وبداية المجتهد ١٧١/٢ والقوانين ص ٢٩٦ .

(١) عن نافع : ساقط من أ . وأثبته من باقي النسخ .
(٢) أثبته من جـ . وفي سائر النسخ : فلا يبيعه .
(٣) تقدّم تخريجه في ص : ٧٤١ هامش (٥) .
(٤) وهو قول أكثرهم ،وعليه ينطبق كلام الشافعي . ولا ينطبق على الصورة الأولى ، ولو كان الشافعي أرادها لقال : " وباع ذلك الطعام آخر" راجع التكملة الثانية للمجموع ١٥٣/١٣ .
(٥) تقدّم تخريجه في ص : ٦٧٨ هامش (٣) .

فعلى هذا يكون هذا [١] القبض نائبا عمّا ابتاعه ولا ينوب عمّا باعه حتى يستأنف كيله عليه. فان تسلّمه المشترى منه بذلك الكيل صار من ضمانه [٢] وإن كان القبض فاسدا . فان زاد الطعام بالكيل الثاني كانت الزيادة له ، وإن نقص كان النقصان عليه إن جاز أن يكون مثله بين الكيلين.

- مسألة -

قال الشافعي : (ولو قال [٣] : أكتاله لنفسي وتأخذه [٤] بالكيل الذى حضرته [٥] لم يجز أيضا ، لأنه باع كيلا فلا يبرأ [٦] حتى يكيله لمشتريه . وتكون له زيادته ، وعليه نقصانه .) [٧]

وصورتها في رجل له طعام من سلم وحلّ [٨] عليه طعام من سلم . فقال للذى حلّ له عليه الطعام: [٩] "احضر معي عند من لي عليه الطعام حتى أكتاله [١٠] لنفسي ، ثم تأخذه بذلك الكيل "

---

(١) هذا : ساقط من د .

(٢) وهل تبرأ ذمّة الدافع من حقّ الأول ؟ فيه وجهان . أصحّهما : نعم. فان قلنا لا تبرأ ذمّته . فعلى القابض ردّ المقبوض إليه. انظر : الفتح ٤٥٠/٨ ، والروضة ٥١٩/٣ ، والمجموع ٢٧٩/٩.

(٣) قال : ساقط من ب.

(٤) ب : آخذه . وفي سائر النسخ " خذه " والصواب ما أثبته.

(٥) أثبته من م. وفي النسخ : حضرت.

(٦) أثبته من م . وفي النسخ : " ولا يبرى " وهوخطأ.

(٧) انظر : مختصر المزني : ١٨٢/٢.

(٨) جـ : "رجل " في موضع "وحل " وهوتصحيف .

(٩) ب ، جـ : "فقال لمن عليه الطعام " د : فقال للذى عليه الطعام".

(١٠) ب : "أكيله " د : " يكتاله ".

ففعل ،لم يجز أن يأخذه بذلك الكيل حتى يستأنف كيله عليه[١] ثانية ؛
لأنّ ذلك الكيل عن عقد أوّل فلا بدّ من استيناف كيل عن عقد ثانٍ.[٢]

فان قبضه بذلك الكيل كان قبضا فاسدا ،ويستأنفان[٣] كيله .

فان زاد فالزيادة لمن عليه الطعام لا يردّها على الأوّل إذا جاز أن يكون مثلها بين الكيلين (فان لم يجز أن يكون مثلها بين الكيلين)[٤] لكثرتها لزمه ردّها على الأوّل لعلمنا بأنها غلط عليه. وإن نقص فالنقصان[٥] عليه ولا يرجع به[٦] على الأوّل (إذا كان مثل النقصان محتملا . وإن كان نقصانها لا يحتمل أن يكون مثله بين الكيلين لم يجز أن يرجع به على الأوّل)[٧] ،لاستيفاء ذلك منه بالكيل . فان كان القابض الثاني حاضرا للكيل[٨] لم يقبل منه[٩] هذا النقصان الذى لا يحتمله الكيلان.
وإن كان غائبا قبل منه ورجع بالنقصان[١٠] ، فان اتّهم أحلف .

---

(١) جـ : عليه كيله.
(٢) أ : " ثاني " والتصويب من سائر النسخ .
(٣) جـ : واستأنفا .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) د : "وإن بالنقصان " أى بوقوع سقط وتصحيف .
(٦) د : "بها " وهو خطأ .
(٧) ما بين القوسين ساقط من د . قلت : وصرّح الرافعي والنووى بأنه يرجع بالنقصان على الأوّل فيما إذا كان أكثر عن القدر الذى يقع بين الكيلين. انظر : الفتح ٤٥٣/٨ ،والروضة ٥١٩/٣ ،والمجموع ٢٧٩/٩.
(٨) للكيل : ساقط من د. (٩) من جـ . أ ب د : فيه.
(١٠) أى من الثاني كما يظهر من السياق .

فلو كان الطعام الذى قد[١] ابتاعه صاعا واحدا ، والطعام الذى قد باعه صاعا واحدا ، فاكتال الصاع الذى قد ابتاعه،[٢] ثم سلّمه في صاعه مكيلا الى من باعه ففيه وجهان : / ١٠٧/أ

أحدهما : لا يجوز حتى يفرّغه من الصاع ثم يستأنف كيله ثانية كما اكتاله[٣] لنفسه.

والوجه الثاني : يجوز إذا سلّمه مكيلا في صاعه ؛ لأنّ المقصود بالكيل معرفة قدره بالمكيال . فاذا كان في المكيال صار مقدّرا به ولم يلزمه تفريغه واستيناف[٤] كيله . وهذا أصحّ .[٥]

- فصـــل -

فلو حلّ له طعام من سلم وحلّ عليه طعام من سلم ، فقال لمن له الطعام : " اقبض ممّن لي عليه الطعام " فذلك ضربان :

أحدهما : أن يقول : " إقبضه لي ثمّ خذه لنفسك[٦] بذلك الكيل " فيكون القبض له صحيحا ولا يجوز أن يأخذه القابض لنفسه بذلك

---

(١) د : بدون " قد ".

(٢) أثبته من ب ، د . أ : " قد أباعه " جـ : " قد باعه " وكلاهما خطأ .

(٣) ثانية كما اكتاله : ساقط من د .

(٤) د : " ويستأنف " ويأباه السياق .

(٥) انظر في المسألة : الفتح ٤٥٢/٨ ، والروضة ٥١٩/٣ ، والتكملة ٢٧٩/٩ ، والمغني ٧٤/٢ وقطع بالوجه الثاني .

(٦) ب : " ثم تأخذه لنفسه " وهو خطأ .

الكيل حتى يستأنف كيله عليه[1] ، ويكون له زيادته المحتملة ، وعليه نقصانه المحتمل . ثم هو قبل استيناف كيله مضمون على قابضه ، لأنه أخذه لنفسه عن قبض فاسد .

والضرب الثاني : أن يقول: "اقبض ممّن لي عليه الطعام لنفسك" فلا يصحّ أن يكون مقبوضا لهذا الذى اكتاله لنفسه . وهل يصحّ أن يكون مقبوضا للأوّل حتى تبرأ منه ذمّة من كان الطعام عليه؟ على وجهين[2] خرّجهما ابن أبي هريرة .

أحدهما : يصحّ القبض للأوّل وتبرأ منه ذمّة من كان عليه ؛ لأنه مقبوض عن إذن مستحقّ . ويكون القبض الثاني فاسدا .

والوجه الثاني : أنّ كلا[3] القبضين فاسد ، لأنّ القبض لم يكن لمستحقّ ، لكنه مضمون على الآمر ، (لأنه مقبوض عن إذنه ومضمون على قابضه ، لأنه قد أخذه من حقّه .)[4][5] وليستأنفوا[6] كيلين : كيلا للأوّل وكيلا للثاني . فما زاد بالكيل الأوّل أو نقص ففي[7] حق الدافع[8] . وما زاد بالكيل الثاني أو نقص ففي حق الآمر .

---

(١) وفي وجه ضعيف يصحّ قبض الثاني أيضا . انظر : الفتح ٨ / ٤٥١ ، والروضة ٣ / ٥١٩ ، والمجموع ٩ / ٢٧٩ .

(٢) والوجه الأول هو الأصّح . انظر : شرح المحلى ٢ / ٢١٨ ، والمراجع السابقة .

(٣) في النسخ : " أنّ كلى " والصواب ما أثبته .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) د : " من صفة " وهوتصحيف .

(٦) من جـ وفي أ ، د : " ويستأنفوا " وفي ب : " ويستأنفان " .

(٧) ب : فمن .

(٨) د : الدفع .

- مسألــــة -

قال الشافعي :[1] (ولا يقبض الذى له الطعام[2] مــن طعام يشتريه لنفسه ،لأنه لا يكون وكيلا لنفسه[3] مستوفيا لها قابضـــا منها .)[4]

وهذه المسألة مصوّرة فيمن حلّ[5] عليه طعام من سلم ،[6] فدفع إلى من له عليه الطعام دراهم ليشترى بها طعاما ،فلا يخلو ذلـــك من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون دافع الدراهم قد أمره أن يشترى بهـــا طعاما لنفسه ،ويقبضه لنفسه ،أعنى لدافع الدراهم ،ثم يأخذ بالكيــل الذى قد[7] اكتاله . فهذا الشراء[8] جائز والقبض صحيح للدافع ؛ لأنه ابتياع[9] وقبض عن وكالة صحيحة ، ولا يجوز للوكيل أن يأخـــذ

---

(١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .

(٢) م : له طعام.

(٣) ب : في نفسه .

(٤) انظر : مختصر المزني ١٨٣/٢ .

(٥) حلّ : لا يوجد في جـ.

(٦) في الفتح ٤٥٥/٨ : " ولو كان عليه طعام أوغيره من سلم أوغيره". ثم ذكر الأحوال الثلاثة مثل ما ذكره الماوردى .

(٧) د : بدون " قد ".

(٨) ب : فهذا الشرط .

(٩) ب ، جـ : لأنه ابتاع .

ذلك[1] الطعام لنفسه[2] بالكيل الأول حتى يستأنف دافع الدراهم كيله عليه . فان أخذه بذلك الكيل صار مضمونا عليه بقبض فاسد .

والحالة الثانية : / أن يأمره أن يشترى الطعام لنفسه ، أعني لدافع[3] الدراهم[4] ، ويقبضه الوكيل لنفسه بدلا من طعامه ، فالشراء جائز أيضا للدافع الموكّل ، ولا يصحّ أن يقبضه الوكيل لنفسه[5] . وهل يكون ذلك مقبوضا للدافع الموكّل ؟ على ما ذكرنا من الوجهين[6] .

١٠٧/ب

والحالة الثالثة : أن يأمره بالشراء ليكون الشراء للوكيل حتى يشتريه لنفسه بدلا من طعامه . فهذا غير جائز[7] ، لأنه لا يصح أن يشترى شيئا لنفسه بمال غيره .

---

(١) ذلك : ساقط من ب .

(٢) في الفتح ٤٥٦/٨ : " ولم يصحّ قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبض وامتناع كونه وكيلا لغيره في حق نفسه ، هذا هو المشهور ، وحكى المسعودى وجها أنه يصحّ قبضه لنفسه ، وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره ".

(٣) لدافع : ساقط من د .

(٤) هكذا في ب ، جـ . وفي : " أ ، د " يوجد بعده زيادة : " ويقبضه الوكيل لنفسه أعنى لدافع الدراهم " ويأباها السياق ولذلك لم أثبتها في الصلب .

(٥) وذلك لأنّ حق الانسان لا يتمكّن الغير من قبضه لنفسه . وضمنه لاستيلائه عليه . انظر : الفتح ٤٥٦/٨ ، والمغني ٧٤/٢ .

(٦) انظر : المرجعين السابقين . وقد جزم في المغني ببراءة الدافع من حقّ الموكّل لاذنه في القبض منه .

(٧) أى هذا التوكيل فاسد ، إذ كيف يشترى بمال الغير لنفسه والدراهم أمانة في يده لأنه لم يقبضها ليتملّكها ؟ انظر : المرجعين السابقين .

فان[1] اشترى الوكيل بتلك الدراهم طعاما نُظر : فان كان قد اشتراه بعين المال كان الشراء باطلا .[2] وإن كان قد اشتراه في ذمّته ونقد الدراهم في ثمنه (كان الشراء صحيحا[3] لازما ، وهو ضامن لما نقده من الدراهم في ثمنه).[4] وطعامه باق في ذمة دافع الدراهم.[5]

- فصـــل -

فلو قال من عليه الطعام لمن له الطعام : "اختر طعاما أشتريه[6] لك لتأخذه من حقك" ، فاختار صبرة طعام فاشتراها له ، لم يلزمه قبولها إن كانت أنقص من حقّه ، ولا يلزم من عليه الطعام أن يعطيه تلك الصبرة بعينها وإن كانت مثل حقّه.

- فصـــل -

فلو قال من له الطعام لمن عليه الطعام : " اقضني[7] طعامي على أن أبيعك إيّاه ". فقضاه بهذا الشرط مثل طعامه أودونه جاز ،

---

(١) ب : فاذا .

(٢) انظر: الفتح ٨/٤٥٦ وفيه : "وذكر ابن سريج وجها أنه صحيح " ، والروضة ٣/٥٢١ وفيها: "باطل على الصحيح" ، والمغني ٢/٧٤ ، وقطع بالبطلان .

(٣) صحيحا : أثبته من جـ ، وليس في ب.

(٤) ما بين القوسين ساقط من أ ، د وأثبته من ب ، جـ.

(٥) انظر في المسألة : المهذّب ١/٣٠٩ وذكر الحالة الأولى والثانية دون الثالثة . والفتح ٨/٤٥٥ ، والروضة ٣/٥٢٠ ، والمجموع ٩/٢٨٠ ، والمغني ٢/٧٤ ، والنهاية ٤/٢٠ ، وقليوبي ٢/٢١٨ وذكرا الحالة الأولى فقط ، وحاشية الشرواني على التحفة ٤/٤٢٠.

(٦) ب : " فأشتريه " جـ " أشتره ".

(٧) ب : إقض .

ولم يكن به بأس ،لأنّ القضاء ليس بعقد فيفسد بالشرط ، ولم يلزمه[1] بيعه عليه ؛ لأنّ هذا موعد وعده إيّاه.

ولو كان أعطاه خيرا من طعامه لم يجز ،لأنّ هذا شرط غير لازم قد أخذ عليه فضلا[2] . وعليه ردّه والمطالبة بمثل طعامه.[3]

- مسألــــة -

قال الشافعي رحمه الله[4] : (ولو حلّ عليه[5] طعام فأحال به على رجل له عليه طعام أسلفه إيّاه ، لم يجز ،من قبل أنّ الاصْل[6] ما كان له بيعه[7] وإحالته به بيع منه له الطعام[8] الذى عليه[9] بطعام على غيره .)[10]

---

(١) يعني : لم يلزمه قضاءً ،أمّا من الناحية الدينية فالوفاء بالعهد واجب.

(٢) أثبته من جـ . وفي سائر النسخ " فصلا " بالصاد المهملة وهو خطأ .

(٣) نصّ عليه الشافعي في الأمّ ٣/٦٥.

(٤) ب ،د : رضي الله عنه .

(٥) م : حلّ له عليه .

(٦) في النسخ : "أصل " وكذا في الأمّ والمختصر ،ولكن السياق يقتضي ما أثبته . ويعني به هنا المسلم فيه ،والمعنى : لا تصحّ الحوالة في هذه الصورة؛لأنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه فكذا إحالته ،لأنّ الحوالة بيع.

(٧) ب : "منعه" تصحيف . م : " بيع" ويأباه السياق .

(٨) في النسخ : "بالطعام " وكذا في الأمّ ولكن لا ينتظم به الكلام .

(٩) الطعام الذى عليه : ساقط من م.

(١٠) انظر : مختصر المزني : ٢/١٨٣ ،والأمّ ٣/٦٣.

وصورتها في رجل أقرض رجلا طعاما ،وهو معنى قوله " أسلفه إيّاه " (١) ،لأن القرض بلغة الحجاز يسمّى سلفا. (٢) ثم إنّ المقرض حصل عليه طعام قد حلّ من سلم ،فأحال من له عليه الطعام من سلم على من له عليه الطعام من قرض ،فهذا باطل ؛ (٣) لأنّ الحوالة بيع . وكأنّ مستحق الطعام من سلم قد باع طعامه (٤) قبل قبضه بما يأخذه بالحوالة من طعام القرض .

وكذا (٥) لو كان كلا (٦) الطعامين من سلم ، فهو باطل من الوجهين معا ؛لأنّ كل واحد منهما بائع لطعامه قبل قبضه. (٧)

ولكن لو كان الطعامان معا قرضا كان فيه وجهان (٨) من بيع

---

(١) ج : أسلف إيّاه.

(٢) راجع : اللسان ١٥٩/٩ ،والتاج ١٤٣/٦ وقد نسبا التسمية المذكورة الى العرب على العموم بدون تخصيص لأهل الحجاز.

(٣) أى على الأصحّ . وفي وجه : أنه صحيح ،قاله ابن الوكيل تخريجا على أنّ الحوالة استيفاء وايفاء لا اعتياض . أنظر : المهذّب ٣٠٨/١ والفتح ٤٣٣/٨ ،والروضة ٥١٢/٣ ، وا لتكلة الثانية للمجموع ١٥٦/١٣.

(٤) د : " طعام " وهو خطأ.

(٥) ج : فكذا .

(٦) أثبته من ب. وفي سائر النسخ : " كلى " وهو خطأ.

(٧) نصّ عليه الشافعي في الأمّ ٦٢/٣.

(٨) أحد الوجهين - وهو الصحيح - أنه يصحّ ؛لأنّ بيع القرض قبل القبض يصحّ ،وكل واحد قرض ،وكل واحد منهما مستقرّ في الذمّة ،فجاز أن يعتاض من ذمّة الى ذمّة بخلاف السلم ،

===

القرض قبل قبضه على غير مقبضه.[1]

- مسألــة -

قال الشافعي[2] : (ولو أعطاه طعاما فصدّقه في كيله / ١٠٨/أ لم يجز . فان قبضه[3] فالقول قول القابض مع يمينه فيما يوجد.[4])

وهذا صحيح ،إذا حلّ له على رجل طعام من سلم ، فدفع من عليه الطعام إليه طعاما وقال : " هذا مكيل بقدر حقك " فقبضه منه وصدّقه على كيله ،كان هذا القبض فاسدا ،لأنّ كيله مستحقّ لاستقرار الملك . وقد صار من ضمانه بهذا القبض ،لأنه[5] قبضه بدلا من حقّه .

ولا يجوز له بيعه قبل كيله . فان باعه أو بعضه[6] قبل الكيل كان بيعه باطلا ،

=== والثاني : لا يصحّ ،لأنّ الحوالة لو صحّت في الطعام إذا كان من جهة القرض ،لصحّت وإن كانت من جهة البيع، كالدراهم والدنانير لمّا جازت الحوالة بهما إذا كانا من جهة القرض ، جازت أيضا إذا كانا من جهة البيع. فلمّا لم تجز الحوالة بالطعام إذا كان من جهة البيع فكذا إذا كان من جهة القرض. انظر : التكملة الثانية للمجموع ١٥٦/١٣

(١) ب ،ج : " مقبوضه " وهو خطأ.

(٢) ب ،ج : " الشافعي رضي الله عنه " د : " رحمه الله ".

(٣) م : قبض .

(٤) انظر : مختصر المزني ١٨٣/٢ وفيه : " فيما وجد " وكذا في ج .

(٥) لأنه : أثبته من ب ، ج .وفي أ ،د : لأنّ.

(٦) قلت : في كتب المذهب فصّل الأصحاب في ذلك ، فقالوا :

===

لأنّ المبيع [١] إذا لم يتمّ قبضه ،لم يجز بيعه .

وعليهما استيناف كيله . فان وجد زائدا رُدّت الزيادة على صاحب الطعام . وإن وجد ناقصا رجععليه بالنقصان ، سواء [٢] كان النقصان [٣] قليلا محتملا أوكثيرا غير محتمل ؛لأنّ قابض الطعام لم يحضر كيله .

فلو استهلك الطعام قبل كيله ، رُجع الى قوله في قدر ما استهلك ، وبرئ منه من عليه الطعام ؛لأنّ قبضه كان من حقّه . فان ادّعى نقصانا قُبل قوله فيه مع يمينه [٤] إن لم يصدّق عليه ،ورجع به على [٥] من عليه الطعام.[٦]

=== إن باع الجميع قبل الكيل لم يصحّ ؛لأنه لا يتحقّق أنّ الجميع له ،وإن باع منه القدر الذى يتحقّق أنه له ففيه وجهان : أحدهما : يصحّ وهو قول أبي إسحاق ؛لأنه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل . والثاني : لا يصحّ ، وهو قول أبي على بن أبي هريرة ، وهو المنصوص في الصرف ؛ لأنه باعه قبل وجود القبض المستحقّ بالعقد ، فلم يصحّ بيعه ، كما لو باعه قبل أن يقبضه " انظر : المهذّب ١/ ٢٠٨ ، والمجموع ٩/ ٢٢٨ ،وفيه قال عن الوجه الأول بأنه ضعيف ،وتكملة المطيعي ١٣/ ١٥٢ .

(١) أ : " البيع " وهوتصحيف . والتصويب من باقي النسخ .

(٢) ب : " سوى " وهوتصحيف .

(٣) سواء كان النقصان : ساقط من جـ ،د .

(٤) د : من يمينه .

(٥) على : ساقط من د .

(٦) وذلك لأنّ الأصل عدم القبض ،وبقاء الحقّ ، فلا تبرأ ذمة من عليه الحقّ إلاّ من القدر الذى يقرّبه القابض . انظر في المسألة الأمّ ٣/ ٦٣ ،والمهذّب ١/ ٢٠٨ ،والفتح ٨/ ٤٤٩ ، ===

- فصــــل -

ولو [(١)] كان الطعام من قرض فصدّق الدافع في كيله لم يجز ،لأنه قد يجوز أن يكون صادقا في كيله فيكون قد استوفى حقّه. ويحتمل أن يكون كاذبا فلا يكون مستوفيا حقّه. [(٢)]

فان باعه قبل كيله ففيه وجهان : [(٣)]

أحدهما : لا يجوز كما لو كان الطعام مستحقّا عن بيع.

والثاني : يجوز ،لأنّ ملك القرض مستقرّ بخلاف البيع وهذا أصحّ الوجهين . واليه أشار الشافعي [(٤)] في الأمّ. [(٥)]

- مسألــة -

قال الشافعي : [(٦)] (ولو كان الطعام سلفا جاز أن يأخذ به [(٧)] ما شاء يدا بيد .) [(٨)]

=== والروضة ٣/٥١٨ ،والمجموع ٩/٢٧٨ ،والتكملة الثانية للمجموع ١٣/١٥١ وفيها : " فان قيل : كيف سمعت دعوى القابض في النقصان ،وقد قال الشافعي رضي الله عنه في المسألة : "فيصدّقه في كيله"؟ قلنا : لم يرد الشافعي رحمه الله أنه اعترف بصحة الكيل ،وإنما هو قبول قول المخبر ،وحمله على الصدق فاذا بان له خلافه سمعت دعواه . "

(١) ب : فلو.

(٢) ب : لحقه.

(٣) انظر : تكملة السبكي ١٠/١٤٨.

(٤) ب ،جـ : وقد أشار اليه الشافعي .

(٥) لم أقف عليه في مظانه من الأم.

(٦) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه.

(٧) م : منه.

(٨) انظر : مختصر المزني ٢/١٨٣-١٨٤.

وهذا كما قال: إذا أقرض رجل طعاما لرجل جاز للمقرض أن يبيع[(١)] ذلك الطعام على المستقرض قبل قبضه،[(٢)] لاستقرار ملك المقرض على ما أقرض بخلاف المبيع الذى لا يستقر ملك المشترى عليه قبل القبض.

فان باعه عليه بما يدخله الربا بتلك العلة، وجب أن يتقابضا الثمن قبل الافتراق، (مثل أن يبيعه الطعام الذى أقرضه بشعير أو ذرة، فلا بدّ من قبضه قبل الافتراق)[(٣)] لأجل الربا، فان افترقا قبل القبض، كان البيع باطلا.

وإن باعه بثوب، أوعبد، أودراهم أودنانير[(٤)]، ففي جواز افتراقهما قبل القبض وجهان[(٥)]:

أحدهما: يجوز لانتفاء الربا عنه. وهو قول أبي العبّاس ابن سريج.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه يصير في معنى بيع الدين بالدين. وهو قول أبي اسحاق المروزى.

---

(١) د: أن يمنع، وهو خطأ.

(٢) وقد حكى ابن رشد في البداية (٢/ ١٢١) والنووى في المجموع (٩/ ٢٧٤) عدم الخلاف في جواز الاستبدال عن دين القرض. وفي الشامل: "إنّ القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف. فان بقي في يده فلا" قال النووى: ولم يفرّق الجمهور بينهما.

(٣) ما بين القوسين ساقط من د.

(٤) ب: أوبدراهم أوبدنانير. جـ: أوبدراهم أودنانير.

(٥) والوجه الثاني هو الأصحّ لدى جمهور الشافعية. انظر: الحلية للروياني ٧٣/أ والمغني ٢/ ٧١.

فأمّا إن أراد [١] مقرض الطعام [٢] أن يبيعه قبل قبضه على أجنبي غير المستقرض،ففي جوازه وجهان [٣] خرّجهما / ابن أبي هريرة : ١٠٨/ب

أحدهما : يجوز كما يجوز بيعه على المستقرض .

والثاني : لا يجوز ؛ لأنه بيع ما لم يقبض .

- فصل -

وإذا أقرضه طعاما [٤] بالبصرة ، ثم رآه ببغداد فطالبه بمثل طعامه ببغداد لم يكن ذلك له [٥] وقيل : لك المطالبة بمثل طعامك حيث أقرضته بالبصرة. فان طالبه ببغداد بقيمة الطعام لزم

---

(١) ب : لو أراد .

(٢) قلت : وقد فرض معظم الأصحاب المسألة في النقود فقالوا : كمن له على رجل مائة ،فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة.

(٣) قلت : أصحّهما عند جمهور الأصحاب هو عدم الجواز ،وبه جزم الروياني في الحلية . وصحّح النووي في زوائد الروضة القول بالجواز ،وكذا الرافعي في آخر الخلع ،واختاره السبكي . راجع : المهذّب ٢٦٩/١، والحلية ٧٣/أ ، والوجيز ١٤٦/١ ،والفتح ٤٣٨/٨ ،والمجموع ٢٧٥/٩. وفي المرجعين الأخيرين حكاية قولين ،لا وجهين . أحدهما : أنه يجوز كبيعه ممّن عليه . وأصحّهما : المنع لعدم القدرة على التسليم . وعلى الأوّل يشترط أن يقبض مشترى الدين الدين ممّن عليه ،وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس، حتى لو تفرّقا قبل قبض أحدهما ،بطل العقد . والمنهاج مع المغني ٧١/٢ ،وشرح المحلي ٢١٥/٢.

(٤) أ : "طعام" ،والتصويب من باقي النسخ .

(٥) جـ : له ذلك.

المستقرض أن يدفع اليه ببغداد قدر قيمة الطعام بالبصرة زائدا كان أو ناقصا.(١)

ولو أنّ المستقرض سأل المقرض حين رآه ببغداد أن يأخذ منه الطعام بها، لم يلزم المقرض أن يأخذه هناك؛ لأنه يستحق قبضه بالبصرة.(٢) ولو قال له: "خذ مني قيمة الطعام" لم يلزمه أخذها؛ لأنّ حقّه في غيرها.

ولو غصب رجل طعاما بالبصرة واستهلكه، ثم رآه مالكه ببغداد فطالبه بطعامه. فان كان الغاصب قد استهلك الطعام بالبصرة، لم يكن لربّ الطعام مطالبته بمثل مكيلته ببغداد كالقرض. وقيل: إمّا أن تأخذ منه مثل طعامك بالبصرة. أو تأخذ منه ببغداد قيمة طعامك بالبصرة.(٣)

وإن كان الغاصب قد استهلك الطعام ببغداد، فعليه أن

---

(١) انظر في المسألة: الأم ٦٦/٣، والمهذّب ٣١١/١، والفتح ٣٤٣/٩، والروضة ٣٦/٤، والمغني ١١٩/٢ وفيه: "والمانع من طلب المثل عند الشيخين وكثير مؤنة الحمل، وعند جماعة منهم الصبّاغ كون قيمة بلد المطالبة أكثر من قيمة بلد الإقراض. ولا خلاف في الحقيقة بين كلام الشيخين وغيرهما، لأنّ من نظر الى المؤنة ينظر الى القيمة بطريق الأولى؛ لأنّ المدار حصول الضرر، وهو موجود في الحالين".

(٢) إلاّ أن يتراضيا فيجوز؛ لأنّ المنع لحقهما وقد رضيا جميعا. انظر: المهذّب ٣١١/١.

(٣) نصّ عليه الشافعي، وهذا هو الوجه الصحيح، وبه جزم الكثيرون أي ليس للمالك مطالبته بالمثل، ولا للغاصب تكليفه بقبوله لما فيه من الضرر، إلاّ أن يتراضيا على المثل فيجوز. وفيه وجهان:

===

يدفع الى مالكه مثل طعامه ببغداد ،لأنّ الغاصب يضمن [١] مثل ما غصبه في الموضع الذى قد استهلكه.

فلو قال صاحب الطعام للغاصب حين رآه ببغداد : "أريد قيمة الطعام" لم يلزم الغاصب [٢] ذلك ؛ لأنّ حقّه في المثل ،فلا يصحّ العدول إلى القيمة إلاّ بالمراضاة .

فلو قال صاحب الطعام للغاصب : لست أقبض منك طعامي ببغداد وأريد [٣] مثله في البصرة [٤] ، كان ذلك له ،لأنه مغصوب منه بالبصرة ، فيصير مالك الطعام إذا غصب منه بالبصرة واستهلك ببغداد مخيّرا بين مطالبة الغاصب بمثل طعامه بالبصرة ،لأنه موضع [٥] غصبه . وبين مطالبته بمثل طعامه ببغداد ؛ لأنه موضع استهلاكه . ومن هذا الوجه كان الغصب مخالفا للقرض [٦].

=== أنه يطالبه بالمثل كما لو أتلف مثليّا في وقت الرخص له طلب المثل في وقت الغلاء . وفيه وجه ثالث : أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف أو أقلّ طالبه بالمثل ،وإلاّ فلا . راجع الأمّ ٣/٦٦ ،والفتح ١١/٢٧٦ ،والروضة ٥/٢٢ ، والمنهاج مع المغني ٢/٢٨٤ ،والنهاية ٥/١٦٥ ،وشرح المحلى ٣/٣٢.

(١) د : قد يضمن.

(٢) د : " لم يلزمه الغاصب " وهو خطأ.

(٣) من ب . وفي باقي النسخ : "فأريد " ويأباه السياق .

(٤) هكذا في أ. وفي سائر النسخ : بالبصرة.

(٥) ب : " موضوع " وهو خطأ.

(٦) راجع : الفتح ١١/٢٧٦ ، والروضة ٥/٢٢ ، والمنهاج والمغني ٢/٨٤ ، والنهاية ٥/١٦٥ ،وشرح المحلى ٣/٣٢.

فأمّا إذا أسلم في طعام بالبصرة ، ثم رأى من عليه الطعام ببغداد ، لم يكن له المطالبة بطعامه ببغداد ؛ لأنه غير موضع[1] استحقاقه . ولا يجوز لهما دفع قيمته ؛ لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه.[2]

- فصل -

وإذا[3] أسلم الى رجل[4] في طعام ، فحلّ الطعام فقال من عليه الطعام لمن له الطعام : " بعني طعاما مثل طعامك لأقضيك حقّك[5] بثمن حالّ أو مؤجل " فان عقدا البيع على هذا الشرط كان باطلا . وإن لم يكن عن شرط في العقد / صحّ ١٠٩/أ البيع ،وكان مشترى الطعام بالخيار إن شاء قضاه ذلك الطعام ،وإن شاء قضاه من غيره.[6]

---

(١) ب : " غير موضوع " وهو خطأ .

(٢) هذا هو الوجه الصحيح المشهور لدى الشافعية ،وبه قطع العراقيون وصاحب التهذيب . وفيه وجه ثان يجيز أصحابه جواز أخذ القيمة للحيلولة بينه وبين حقه . انظر: الوجيز ١٥٨/١ وقد جزم بجواز أخذ القيمة هنا . قال الرافعي في الفتح (٣٣٨/٩) لكنه أعاد المسألة في باب الغصب وذكر فيها الخلاف ،والروضة ٣٦/٤ ،والمنهاج مع المغني ١١٦/٢ ، وشرح المحلى ٢٥٦/٢.

(٣) ب : فاذا.

(٤) ب : الرجل.

(٥) ب : لأقضيك من حقك.

(٦) نصّ عليه الشافعي في الأم ٦٥/٣.

- فصـــــل -

ولو أسلم رجل في طعام موصوف ، فحلّ ، فسأله رجل أن يقرضه إيّاه . فأمر السائل (*) أن يتقاضى ذلك الطعام ،فاذا صار في يده أقرضه إيّاه ،جاز (١) . وكان بعد اقتضاء الطعام بالخيار إن شاء أقرضه وان شاء منعه . فان منعه وكان قد شرط أنه إذا تقاضاه أقرضه كان للمقتضى أجر (٢) مثله (٣).

- فصـــــل -

وإذا باع رجل على رجل طعاما بدينار ،ثم إنّ البائع ابتاع من المشترى بالدينار طعاما أزيد من طعامه أوأنقص (٤) ،جاز ولم يكره (٥).

وقال مالك (٦) : لا خير في هذا ؛ لأنه

(*) في النسخ : " وأمر " ولايتحمله السياق .

(١) نصّ عليه الشافعي في الأمّ ٣/ ٦٦ قال : فلا بأس بهذا إذا كان إنما وكّله بأن يقبضه لنفسه ،ثم أحدثُ بعد ذلك السلف أو البيع ،وانما كان أولا وكيلا له .

(٢) ب ،جـ : أجرة .

(٣) انظر : الأمّ ٣/ ٦٦ وفيها : " وكان له أجر مثله في التقاضى ".

(٤) د : " أو نقص " وهو خطأ .

(٥) نصّ عليه الشافعي في عدّة مواضع من الأمّ : ٣/ ٣٣ ، ٣٤ ، ٦٩ ، وراجع أيضا : التكملة ١٠/ ١٤٨ ومابعدها وفيها : " وقد أطبق جمهور الأصحاب تبعا للشافعي على ذلك مع مخالفة الأئمة الثلاثة ".

(٦) قلت : يوجد في المذهب المالكي تفصيل في المسألة فقد جاء في المنتقى للباجي ٤/ ٢٩٠ : " إنه إن أخذ منه طعاما

===

يكون[١] بائعا لطعام بطعام إلى أجل.

وهذا غير صحيح ؛لأنّ التبايع بالدينار. (ألا ترى أنّ الطعام الثاني لو استُحقّ[٢]، وجب الرجوع بالدينار)[٣]، لا بالطعام، والله أعلم بالصواب.[٤]

* * *

=== على صفته في الجنس والنوع والجودة، فلا يخلو أن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر أو أقلّ. فان أخذ مكيلته جاز، لأنه إنما يؤول إلى القرض. وإن كان أكثر لم يجز. وإن كان أقلّ ففي كتاب محمّد: اختلف قول مالك، فأجازه مرّة وبه قال أشهب. وأباه أخرى وهو الذى في المدوّنة.
وإن كانا غير متماثلين فانه لا يجوز - مطلقا - لأنه خرج عن حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة " أ هـ بالاختصار.
ويراجع أيضا المدوّنة ٣٣/٤، ٣٥.

(١) ب، جـ: يصير.

(٢) أى خرج مستحقّا بالعيب أو الغصب أو غيرهما.

(٣) ما بين القوسين ساقط من د.

(٤) ب: " والله أعلم " جـ: " والله تعالى أعلم ".

[- باب بيع المصرّاة -] من كتب

قال الشافعي [١] : (أخبرنا مالك ، عن أبي الزناد [٢] ،عن الأعرج ،عن أبي هريرة أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : " لاتصرّوا [٣] الإبل والغنم للبيع [٤] ،فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين [٥] بعد أن يحلبها ،فان [٦] رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردّها وصاعا من تمر." [٧]

قال الشافعي رحمه الله [٨] : والتصرية : أن تربط [٩] أخلاف [١٠] الناقة أو الشاة ، ثم تترك من الحلاب اليومين [١١] أو الثلاثة [١٢] حتى يجتمع لها لبن [١٣] ،فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها . .) الفصل. [١٤]

---

(١) ب : "الشافعي رحمه الله " د : "الشافعي رضي الله عنه ".

(٢) ب : "أبى الزياد " وهوخطأ.

(٣) قال ابن الأثير في النهاية ٢٧/٣ :" لا تصرّوا: إن كان من الصرّ فهو بفتح التاء وضمّ الصاد . وإن كان من الصرى - وهو الأصح - فيكون بضم التاء وفتح الصاد ".

(٤) للبيع : ليس في جـ ،وكذا في أغلب الروايات .

(٥) أى بخير الرأيين ،كما في فتح البارى ٣٦٢/٤ .

(٦) ب ،م : إن.

(٧) أخرجه البخارى ٩٢/٣ ،ومسلم ١١٥٥/٣ ،وأبوداود ٢٧٠/٣ ، والنسائي ٢٢٢/٧ ،والبيهقي ٣١٨/٥ واللفظ له.

(٨) ب : رضي الله عنه.

(٩) أ : "أن يربط" ولم ينقط في ب جـ د . وفي م : أن نربط .

(١٠) أخلاف : جمع خلف بكسر الخاء ،وهو من ذوات الخفّ كالثدى للانسان ،انظر : المصباح ص١٨٠.

(١١) هكذا في النسخ . وفي م : اليوم واليومين والثلاثة .

(١٢) ب : والثلاث . م : والثلاثة .

(١٣) ب : حتى يجتمع لبنها.

(١٤) أنظر : مختصر المزني ١٨٤/٢ وتمامه : " لذلك ، ثم إذا ===

أمّا التصرية : فهي (١) الجمع ، يقال : صريت الماء في الحوض : إذا جمعته فيه. (٢) قال الأغلب: (٣)

رأت غلاما قد صرى في فقرته (٤) ماء الشباب عنفوان (٥) شرّته (٦)

=== حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أنّ ذلك ليس بلبنها لنقصانه كل يوم عن أوله ، وهذا غرور للمشترى . والعلم يحيط أنّ ألبان الإبل والغنم مختلفة في الكثرة والأثمان فجعل النبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم بدلها ثمنا واحدا صاعا من تمر.".

(١) ب : "فهو" د : "وهي" وكلاهما خطأ.

(٢) راجع : الصحاح ٢٣٩٩/٦ ، واللسان ٢٥٨/١٤ ، والمصباح ص ٣٣٩.

(٣) هو الأغلب بن عمرو بن عبيدة العجلي من ربيعة ، مخضرم شاعر معروف ، وراجز مشهور ، توجّه مع سعد بن أبي وقاص غازيا ، فنزل الكوفة ، واستشهد في معركة نهاوند سنة ٢١ هـ. وهو أرجز الرجّاز ، وأرصنهم كلاما ، وأصحّهم معاني ، وله في المفاحشات ما ليس لشاعر. انظر ترجمته في : المؤتلف والمختلف للآمدي ص ٢٣ ، وخزانة الأدب ٧٧/١ ، وأسد الغابة ١٢٦/١ ، والإصابة ٥٦/١ ، وسمط اللآلى ٨٠١/٢ وفي المراجع الثلاثة الأخيرة إسمه : "الأغلب ابن جشم بن عمرو بن عبيدة ".

(٤) في اللسان ٦١/٥ : " الفِقْرة ، الفَقْرة ، والفَقارة بالفتح : واحدة فقار الظهر ، وهو ما انتضد من عظام الصلب من لدن الكاهل إلى العجب . والجمع فِقَر وفِقَار " قلت : وفي ب " نقرته " وهو تصحيف.

(٥) عُنفوان الشيء : أوّله كما في المختار ص ٤٥٨.

(٦) شِرَّة الشباب : حرصه ونشاطه . كما في المختار ص ٣٣٤ ، قلت: في د : سرته ، وفي مصادر التخريج " سنبته " انظر البيت في : الصحاح ٢٤٠٠/٦ ، والتاج ٢٠٨/١٠ ، واللسان ٥٧/١٤. وفي الجميع : " رُبّ غلام " وفي اللسان : ويروى : " رأت ".

ولذلك[١] سمّيت الصّرة[٢] لأنها تجمع ما فيها.

قال الشاعر :

إنّا صررنا حبّ ليلى فانتشـــر[٣] وغرّنا منه وكان[٤] من شعــــر[٥]

وقيل : "شاة مصرّاة" لأنّ اللبن قد صُرّى في ضرعها أى : جمع[٦]. ويقال "محفّلة" أيضا، وهي لغة أهل العراق، مأخوذ من قولهم : "قد احتفل القوم" إذا اجتمعوا. وهذا محفل من الناس، أى : جمع.[٧]

فالتصرية غش وخداع للمشتري. فاذا[٨] اشترى الرجل شاة فحلبها[٩]، فبانت مصرّاة، كان عيبا[١٠] وله الرّد. وهو قـــول

---

(١) د : وكذلك.

(٢) الصُرّة : شَرْج الدراهم والدنانير، جمعها صُرَر. انظر : اللسان ٤/٤٥٢، والمصباح ص ٣٣٨.

(٣) ب : فانبتر.

(٤) ب : "وكا" أى بسقوط النون.

(٥) لم أقف على البيت.

(٦) جاء في النهاية لابن الاثير ٣/٢٧ : "قال الأزهرى : جائـز أن تكون سمّيت مصرّاة من صرّ أخلافها. وجائز أن تكون سمّيت مصرّاة من الصرى وهو الجمع، واليه ذهب الأكثرون".

(٧) انظر : المرجع السابق ١/٤٠٨، واللسان ١١/١٥٧، والمختار ص ١٤٥.

(٨) ب : وإذا.

(٩) أثبته من ب. وفي سائر النسخ : "يحلبها" ويأباه السياق.

(١٠) ب : "عينا" وهو خطأ.

الصحابة والتابعين والفقهاء[١] . إلّا أبا حنيفة ومحمّداً[*][٢] فانهما خالفا الكافّة وقالا : لا ردّ له . فمن أصحابهما[٣] / من قال : هي ١٠٩/ب عيب لكن حلاب اللبن نقص يمنع من الردّ بالعيب .

واستدلالهم به[٤] من وجهين :

أحدهما : دفع الخبر المعوّل عليه[٥] في التصرية بوجوه نذكرها من بعد .

---

(١) أنظر : المغني لابن قدامة ١٠٢/٤ ،وبداية المجتهد ١٤٦/٢ ، والمحلّى لابن حزم ٦٦/٨ ،وتكملة السبكي ٢٠/١٢ وفيها : " قال به من الصحابة عبدالله بن مسعود ،وأبو هريرة صحّ ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة . ونقل العبدرى القول به عن ابن عبّاس ،وابن عمر ،وأنس . وممّن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعي ،ومالك والليث ،وابن أبي ليلى ،وأحمد واسحاق ، وأبو ثور ،وداود ،وأبو يوسف وزفر ،ومسلم بن خالد الزنجي ، وأبو عبيد ،وجمهور أهل الحديث " ،وفتح البارى ٣٤/٤ ورحمة الأمة ص١٣٩ ،والميزان ٥٦/٢ .

(٢) قلت : وهو رواية غريبة عن مالك وبه قال أشهب من أصحابه ، كما يروى عن أبي يوسف وابن أبي ليلى أيضا . أنظر-اضافة الى المراجع السابقة - : شرح معاني الآثار ١٩/٤ ،وعمدة القارى ٢٧٠/١١ ،والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٤٤/٥ وقد جاء في الرد : " وهل يرجع بالنقصان عندنا ؟ ،فعلى رواية الإسرار لا ،وعلى رواية الطحاوى نعم . قال في شرح المجمع : وهو المختار ،لأنّ البائع بفعل التصرية غرّ المشترى ،فصار كما إذا غرّه بقوله : إنها لبون ".

(٣) من ب ،جـ . وفي أ ،د : "أصحابنا " وهو خطأ .

(٤) ب : فيه .

(٥) ب : "المعمول عليه " وهوتصحيف.

(*) من ج . أ : "أبو حنيفة ومحمد " ب: " أبا حنيفة ومحمد " د : "أبي حنيفة ومحمد "

والثاني : الاستدلال (١) بالمعنى في أنّ التصرية ليست بعيب، وذلك بوجهين :

أحدهما : أنّ كبر الضرع بالتصرية وظنّ المشترى أنه لبن العادة يجرى مجرى كبره بالشحم (٢) والسمن وظنّ المشترى أنه لكثرة اللبن. فلمّا لم يكن هذا عيبا (٣) يوجب الردّ (لم تكن التصرية عيبا (٣) يوجب الردّ) (٤) كما لو كان الجوف ممتلئا (٥) بالعلف، فظنّ المشترى أنه حمل.

والثاني : أنّ كبر الضرع بالتصرية لو كان عيبا إذا شاهده المشترى لكان عيبا وإن لم يشاهده (٦) كسائر العيوب. فلمّا لم يكن عيبا مع فقد المشاهدة، لم يكن عيبا مع المشاهدة.

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه ورود السنة به (٧) من ثلاث (٨) طرق : عن أبي هريرة، وابن مسعود، وابن عمر. (٩)

---

(١) ب : أنّ الاستدلال.

(٢) ب : باللحم.

(٣) أثبته من ب، جـ. وفي أ، د : "عيب" في الموضعين وهو خطأ.

(٤) ما بين القوسين ساقط من د.

(٥) ب : مليّا.

(٦) أ، جـ، د : " إذا لم يشاهده " والمثبت من ب

(٧) به : ساقط من د.

(٨) ب : ثلاثة. قلت : ورد حديث المصرّاة بأكثر من ثلاث طرق المذكورة فقد ورد أيضا من حديث أنس أخرجه أبو يعلى والبيهقي ٣١٩/٥ وعن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أخرجه أحمد باسناد صحيح كما ورد عن عمرو بن عوف المزني أخرجه البيهقي في الخلافيات. راجع : تكملة السبكي ١٢/ ١٠ ومابعدها، وتحفة الأحوذى ٤/ ٤٥٧.

(٩) جـ : بزيادة رضي الله عنهم.

فأمّا حديث أبي هريرة فوارد من طريقين : (١)

<u>أحدهما</u> : رواه الشافعي ، عن مالك ، عن أبي الزناد (٢) ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : " لا تصرّوا الإبل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعا من تمر ". (٣)

<u>والثاني</u> : رواه الشافعي ، عن سفيان ، عن أيّوب ، عن ابن سيرين ، عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : " من اشترى مصرّاة أو محفّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها وصاعا من تمر لا سمراء ". (٤)

وأمّا حديث ابن مسعود (٥) فرواه الشافعي عن يحيى بن سعيد ،

---

(١) قلت : بل ورد عنه بأكثر من طريقين . راجع : شرح معاني الآثار ١٧/٤ وسنن البيهقي ٣١٨/٥ ، وفتح الباري ٣٦١/٤ .

(٢) أ : " أبي الزياد " وهو خطأ والتصويب من باقي النسخ .

(٣) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث ٣٣٢/٧ (مطبوع مع الأم) والبخاري ٩٢/٣ ، ومسلم ١١٥٥/٣ ، وأبو داود ٢٧٠/٣ ، والنسائي ٢٢٢/٧ ، والبيهقي ٣١٨/٥ ، والدارقطني ٧٥/٣ .

(٤) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث ٣٣٣/٧ ، ومسلم ١١٥٨/٣ ، وأبو داود ٢٧٠/٣ ، والترمذي ٣٥٣/٣ ، والنسائي ٢٢٣/٧ ، وابن ماجة ٧٥٣/٢ ، وابن الجارود ص١٩٧ والطحاوي في شرح المعاني ١٨/٤ كلهم ببعض المفارقات . والسمراء : الحنطة ، وقيل : هي الحنطة الشامية . راجع النهاية لابن الأثير ٣٩٩/٢ ، وفتح الباري ٣٦٤/٤ .

(٥) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن فرّوخ ، بفتح الفاء وتشديد الراء - التميمي بالولاء ، البصري ، القطّان ، من تابعي التابعين ،

===

عن سليمان التيمي [١] ، عن أبي عثمان النهدى [٢] ، عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه [٣] قال : " من اشترى محفّلة فليحلب يومين أو ثلاثة ، فان رضي أمسك ، وإلّا فان ردّ هاردّ معها صاعا ." [٤]

=== وكان على رأس من العلم والفقه والورع توفى سنة ١٩٨ هـ ، وله ثمان وسبعون . انظر في ترجمته : تهذيب الأسماء ١٥٤/٢ ، وتهذيب التهذيب ٢١٦/١١ ، والكاشف ٢٥٦/٣ .

(١) هو سليمان بن طرخان التيمي أبو المعتمر البصرى ، نزل في التيم فنسب إليهم ، ثقة عابد مات سنة ١٤٣ هـ ، وهو ابن ٩٧ سنة . انظر في ترجمته : الجرح ١٢٤/٤ ، وتهذيب التهذيب ٢٠١/٤ ، والتقريب ص ١٣٤ .

(٢) هو عبد الرحمن بن ملّ - بلام ثقيلة والميم مثلثة - مشهور بكنيته ، مخضرم ، من كبار الثانية . ثقة ثبت عابد ، مات سنة ٩٥ وقيل بعدها . وعاش ١٣٠ سنة ، وقيل أكثر . التقريب ص ٢١٠ . ويرجع في ترجمته أيضا إلى : الجرح ٢٨٣/٥ ، والتذكرة ٦٥/١ ، وتهذيب التهذيب ٢٧٧/٦ ، وطبقات الحفّاظ ص ٣١ .

(٣) أنه : ساقط من ب ، د .

(٤) قلت : هذا الحديث لم يصحّ رفعه بهذا الإسناد ، بل روى عن ابن مسعود موقوفا . أخرجه الشافعي في الأم (٧٥/٣) عن هشيم ، عن سليمان به بلفظ : " من ابتاع مصرّاة فهو بالخيار إن شاء ردّها وصاعا من تمر " .
كما أخرجه البخارى ٩٢/٣ ، وابن أبي شيبة ٢٩٦/٦ ، وعبد الرزّاق ١٩٨/٨ ، والبيهقي ٩٢/٥ كلهم من طريق سليمان به بلفظ : " من اشترى شاة محفّلة فردّها ، فليردّ معها صاعا " وزاد البخارى في آخره : " ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقّي البيوع " كما زاد عبد الرزّاق في آخره : " من تمر " .
هذا ، وقد انفرد أبو خالد الأحمر من بين أصحاب سليمان التيمي فرواه بهذا الاسناد مرفوعا . أخرجه الاسماعيلي وأشار الى وهمه راجع فتح البارى ٣٦٨/٤ .

وأمّا حديث ابن عمر (١) ،فرواه أبو داود (٢) ، عن أبي كامل ،(٣) عن عبد الواحد (٤) ،عن صدقة بن سعيد (٥) ،عن جميع بن عمير،(٦) عن عبدالله (٧) بن عمر قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : " من ابتاع(٨) محفّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ،فان ردّها ردّ معها مثل أو مثلـــى لبنها قمحا ."(٩)

---

(١) ب : " ابن عمرو" وهو خطأ.

(٢) من ب ،جـ.وفي أ ،د : "داود " وهوخطأ.

(٣) هوفضيل بن حسين بن طلحة الجحدرى ،ثقة حافظ مات سنة ٢٣٧ هـ وله أكثر من ثمانين سنة. التقريب ٢٧٦. ويرجع أيضا إلى : الخلاصة ص٣١٠ والكاشف ٣٨٥/٢ ،وتهذيب التهذيب ٢٩٠/٨.(في النسخ :"عن كامل " والتصويب من مصادر التخريج والتراجم).

(٤) هو أبو بشر - وقيل أبوعبيدة - عبد الواحد بن زياد العبدى مولاهم البصرى ثقة ،وفي حديثه عن الأعمش وحده مقال. مات سنة ١٧٦هـ وقيل بعدها . انظر في ترجمته : التقريب ص٢٢١ ، والكاشف ٢١٨/٢ والخلاصة ص٢٤٧ ،وتهذيب التهذيب ٤٣٤/٦.

(٥) هو صدقة بن سعيد الحنفي الكوفي . مقبول ،ذكره ابن حبّان في الثقات . وقال البخارى : عنده عجائب . انظر : تهذيب التهذيب ٤١٥/٤ ،والكاشف ٢٧/٢ ،والخلاصة ص١٧٣ ، والتقريب ص١٥٢.

(٦) هو جُميع بن عمير التيمي . أبو الأسود ،الكوفي من التابعين ، صدوق يخطىء ويتشيّع . أنظر فيه : الجرح ٥٣٢/١ ،والخلاصة ص٦٤ ،والكاشف ١٨٧/١ ،وتهذيب التهذيب ١١٢/٢ ،والتقريب ص٥٧.

(٧) ب : " عبيدالله " وهو تصحيف .

(٨) في النسخ : "باع " والمثبت من سنن أبي داود .

(٩) انظر : سنن أبي داود ٢٧١/٣ ،وأخرجه أيضا ابن ماجة ٧٥٣/٢ ،
===

فدلّت هذه الأخبار كلها على أنّ التصرية عيب يوجب الردّ من ثلاثة أوجه :

أحدها : نهيه عن التصرية للبيع يقتضي [1] أنّ التصرية تدليس وعيب.

والثاني : أنه جعله بخير النظرين في الردّ والإمساك ، والردّ إنما يكون بعيب .

والثالث : أنه أوجب بدلا من لبن التصرية / ردّ صاع من تمر ، فاقتضى أن يكون لبن التصرية قد تناوله العقد ، وحصل له من الثمن قسط يستحق بنقصه الردّ . ١١٠/أ

ويتحرّر من هذه الأدلة قياس فيقال : لأنه تدليس يختلف به الثمن ، فاقتضى أن يستحقّ به الردّ كتسويد الشعر.

فأمّا ردّهم [2] للخبر في المنع من الاستدلال به فمن وجهين :

أحدهما : قدح فيه . والثاني : استعمال له.

فأمّا قدحهم فيه فلأنه خبر واحد [3] قد خالف الأصول [4] من خمسة أوجه :

=== والبيهقي ٥/٣١٩ وفيه : " تفرّد به جُميع بن عمير قال البخاري: فيه نظر "

قلت : والحديث ضعّفه المنذرى في مختصره ٥/٨٩ ، والحافظ في فتحه ٤/٣٦٤ كلاهما من أجل جُميع بن عمير . وقال ابن قدامة في مغنيه ٤/١٠٤ : " حديث ابن عمر مطّرح الظاهر بالاتفاق ، إذ لا قائل بايجاب مثل لبنها ، أو مثلي لبنها قمحا ، ثم قد شكّ فيه الراوى وخالفته الأحاديث الصحاح ".

(١) ب : للبيع وذلك يقتضي .

(٢) ب ، جـ : فأمّا دفعهم.

(٣) خبر الواحد عند الأصوليين هو ما عدا المتواتر. أنظر: الإحكام للآمدى ١/٢٣٤ ، وروضة الناظر ص ٥٢ ، وشرح الكوكب المنير ٢/٣٤٥ .

(٤) أى : الأصول الكلية في باب التضمين والتغريم قالوا ، وهي أصول ثابتة من الشريعة ، والحديث مخالف لها ، فلا يعمل به .

أحدها : أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان ردّه.

والثاني : أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله.

والثالث : أنه جعل القيمة تمرا وهي إنما تكون ذهبا أو ورقا.

والرابع : أنه جعلها (١) مقدّرة لا تزيد (٢) بزيادة اللبن، ولا تنقص (٣) بنقصانه. ومن حكم القيمة أن تختلف باختلاف المقوّم في الزيادة والنقصان.

والخامس : أنه جعل له الردّ مع ما حدث في يد المشترى من النقص.

قالوا : فلمّا كان خبر التصرية مخالفا للأصول من هذه الأوجه الخمسة، وجب العدول عنه إلى ما اقتضته الأصول، لما روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " ما جاءكم عني فاعرضوه على كتاب الله تعالى، فانه وافقه فخذوا به، وإن خالفه فاتركوه ". (٤)

---

(١) د : " جعله " وهو خطأ.

(٢) د : " ولا تزيد " وهو خطأ.

(٣) د : " ولا ينقص " وهو خطأ.

(٤) ذكره الشافعي في الرسالة ص ٢٢٤ بدون السند، وضعّفه، ولفظه : " ما جاءكم عني فاعرضوه على كتاب الله، فما وافقه فأنا قلته، وما خالفه فلم أقله ".
كما ذكره الهيثمي في المجمع ١/١٧٠ مرفوعا من حديثي ثوبان وابن عمر رضي الله عنهم بنحو ما نقله الشافعي. ونسبهما الى الطبراني في الكبير، وضعّفهما.
كما ذكره العظيم آبادى في عون المعبود ٤/٣٢٩ بلفظ : " إذا جاءكم الحديث فاعرضوه على كتاب الله فان وافقه فخذوه" ثم قال : إنه حديث باطل لا أصل له " وذكره الفتنى في تذكرة

===

وأمّا استعمالهم له فهو أن يحمل [(١)] على أنّ [(٢)] البائع و المشترى شرطا في عقد البيع أنّ الشاة تحلب في كل يوم عشرة أرطال ، فيكون هذا شرطا يفسد البيع به. [(٣)] فان اتفقا على ردّ هذا الشرط وابطاله في مدّة الثلاث ،صحّ البيع ،وإن لم يبطلاه حتى مضت الثلاث، بطل البيع .

فهذه جملة عوّلوا عليها [(٤)] في دفعنا عن الاستدلال بالخبر وهذه الجملة [(٥)] فاسدة لا يجوز أن تدفع سنّة ثابتة.

أمّا قولهم : " إنه خبر واحد " فيقال : هذا خبر [(٦)] قد رواه جماعة ،منهم : أبو هريرة وابن مسعود ،وابن عمر ،وتلقّاه الباقون بالقبول ، وانتشر العمل به في الصحابة انتشارا صار كالاجماع عليه ، فصار

=== الموضوعات (ص٢٨) ونقل عن الخطّابي قوله : " وضعتـه الزنادقة " كما ذكره العجلوني في كشف الخفاء (٨٩/١) ونقل عن الصغاني قوله :" هو موضوع ".
وقال أحمد محمد شاكر في تعليقه على الرسالة : " هذا المعنى لم يرد فيه حديث صحيح ولا حسن ،بل وردت فيه ألفاظ كثيرة كلها موضوع ،أو بالغ الغاية في الضعف حتى لا يصلح شيء منها للاحتجاج أو الاستشهاد ".

(١) أثبته من ب ،جـ.وفي أ ،د : "أن يحل " وهو تصحيف.

(٢) على أن : ساقط من أ ،د . وأثبته من ب ،جـ.

(٣) به : لا يوجد في ب .

(٤) يقال : عوّلت على الشيء تعويلا : اعتمدت عليه . انظر : المصباح ص٤٣٨ .

(٥) ب ،جـ : جملة .

(٦) د : خبر واحد .

بأخبار التواتر [١] أشبه . على أنّ أخبار الآحاد إذا وردت موردا صحيحا [٢] لم يمنع الشرع من العمل بها . [٣]

وأمّا قولهم : "إنه مخالف للأصول" فعنه [٤] جوابان :

أحدهما : أنّ ما ورد النصّ به فهو أصل بذاته لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة [٥] ، والغرّة [٦] في الجنين . وإنما يبطل القياس لمخالفة الأصول ، فأمّا النصّ فلا . ولو جاز أن يكون هذا باطلا لمخالفة الأصول مع كونه أصلا ، لجاز أن تكون تلك الأصول

---

(١) قال الآمدي في إحكامه ٢٢٠/١ : "التواتر في اللغة عبارة عن تتابع أشياء واحدا بعد واحد بينهما مهلة ، وفي اصطلاح المتشرّعة هو عبارة عن تتابع الخبر عن جماعة مفيد للعلم بمُخْبَره ." أ هـ بالاختصار . وانظر في تعريفه أيضا : فواتح الرحموت ١١٠/٢ ، وشرح الكوكب المنير ٣٢٤/٢ ، وإرشاد الفحول ص ٤٦ .

(٢) أي إذا توفّر فيها الشروط المعتبرة في حجّيتها وانظر في تلك الشروط : الإحكام للآمدي ٢٦٠/١ ، وإرشاد الفحول ص ٥٠ .

(٣) قلت : العمل بما ثبت بخبر الواحد واجب على الصحيح المعتمد عند جماهير العلماء من السلف والخلف . ومنعه قوم مطلقا . منهم ابن أبي داود السجستاني ، وبعض المعتزلة ، وبعض القدرية ، والظاهرية ، وكذلك الرافضة . ومنعه المالكية إذا خالفه عمل أهل المدينة . ومنعه أكثر الحنفية فيما تعمّ به البلوى ، أو خالفه راويه ، أو عارض القياس . انظر التفصيل في : المستصفى ١٨٦/١ ، وفواتح الرحموت ١٣١/٢ والإحكام للآمدي ٢٤٤/١ ، وشرح الكوكب المنير ٣٦١/٢ .

(٤) ب ، د : " ففيه " وهو تصحيف .

(٥) العاقلة : هي العصبة والأقارب من قبل الأب الذين يعطون دية قتيل الخطأ ، وهي صفة أي جماعة عاقلة . انظر النهاية لابن الأثير ٢٧٨/٣ .

(٦) الغُرّة : العبد نفسه أو الأمة ، وأصل الغرّة : البياض الذي
===

باطلة [1] بهذا الأصل .

وإن صحّ قلب هذا الأصل ،فهذا [2] القول / كان مطّرحا ، ١١٠/ب

ووجب [3] اعتبار كل أصل بذاته .

ثم يقال لهم : كيف استجزتم استعمال الخبر في القهقهة [4] والنبيذ [5] [6]

=== يكون في وجه الفرس ،انظر : المرجع السابق ٣٥٣/٣ ،وفيه أيضا : " وإنما تجب الغرّة في الجنين إذا سقط ميّتا ،فإن سقط حيّا ثم مات ففيه الدية كاملة ".

(١) ج : " باطلا " وهو خطأ.

(٢) أثبته من د ،وفي سائر النسخ :" وهذا " ويأباه السياق .

(٣) ب ،ج : ولزم .

(٤) أى في نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة ،فإن الحنفية قالوا بذلك عملا بحديث ضعيف وهو : " من ضحك في الصلاة قهقهة فليعد الوضوء والصلاة ". والحديث مع ضعفه مخالف للقياس ؛ لأنّ القهقهة ليست بخارج نجس ، ولهذا لم تكن حدثا في صلاة الجنازة، وسجدة التلاوة ،وخارج الصلاة . ولكنهم عملوا بالحديث الضعيف هنا ،وتركوا القياس لمجرّد فرض احتمال أن يكون الحديث صحيحا . على عكس صنيعهم في مسألة المصرّاة فإنهم عملوا بالقياس هنا ،وتركوا الحديث الصحيح ،وفرضوا فيه احتمالات وأوهاما فاسدة . وهذا منهم تناقض ظاهر لا مسوّغ له سوى التعصّب والتعنّت.
انظر في مذهب الحنفيّة : البدائع ١٥٢/١ ،والهداية مع الفتح ٥١/١ ، والدرّ المختار مع ردّ المحتار ١٤٤/١ . وارجع في حديث القهقهة إلى سنن الدارقطني ١٦٤/١ ،ونصب الراية ١٤٧/١ وقد ذكرا جميع طرق الحديث وأبانا عللها .

(٥) النبيذ : هو ما يعمل من الأشربة من التمر والزبيب والعسل والحنطة والشعير وغير ذلك ،وسواء كان مسكرا أو غير مسكر ، أنظر : النهاية لابن الأثير ٧/٥ .

(٦) يشير المؤلف الى تناقض آخر للحنفيّة وهو أنهم أجازوا الوضوء ===

مع مخالفتهما للأصول ،وامتنعتم من هذا ؟ فان قالوا : لورود الرواية به[1] . قيل : فكذلك التصريه .

وأمّا قوله صلّى الله عليه وسلَّم[2] : " ما جاءكم عني فاعرضوه على كتاب الله / تعالى" فمعناه :[3] ما لم يكن في كتاب الله نصّ يدفعه فخذوا به .

=== بالنبيذ عملا بما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلَّم قال له ليلة الجنّ : ما في إداوتك ؟ قال : نبيذ قال :" ثمرة طيّبة وماء طهور" فتوضأ منه . مع أنّ القياس يقتضي أن لا يجوز الوضوء بالنبيذ لتغيّر طعم الماء ،وصيرورته مغلوبا بطعم التمر ، فكان في معنى الماء المقيّد . ولكنهم قدّموا الحديث مع ضعفه على القياس . وذلك على خلاف صنيعهم في مسألة المصرّاة .

انظر في مذهب الحنفيّة : البدائع ١/١١٥ ،والهداية مع الفتح ١/١١٧ ،والتبيين ١/٣٥ ،وفيه:"أنه مذهب أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يتيمّم ولا يتوضّأ به ،وهو رواية عن أبي حنيفة . وقال محمد : يجمع بينهما ،وهو أيضا رواية عن أبي حنيفة".

قلت : والحديث أخرجه الترمذى ١/١٤٧ ، وقال : أبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث ،لا تعرف له رواية غير هذا الحديث ،وأبو داود ١/٢١ ،وابن ماجة ١/١٣٥ ،والطحاوى في شرح المعاني ١/٩٥ ، وضعّفه . ونقل المنذرى في مختصره ١/٨٢ عن أبي زرعة أيضا تضعيفه كما نقل قول أبي أحمد الكرابيسي : " ولا يثبت في هذا الباب من هذه الروايات حديث ،بل الأخبار الصحيحة عن عبد الله بن مسعود ناطقة بخلافه ".

(١) به : ساقط من ج.

(٢) صلّى الله عليه وسلَّم : أثبته من ج . ولا يوجد في باقي النسخ .

(٣) قلت : هذا الجواب على فرض صحّة الحديث ،وقد تقدّم أنه ضعيف بل موضوع .

ألا ترى إلى ما روى عنه صلّى اللّه عليه وسلّم أنه قال : " لا ألفينّ[1] أحدكم متكئا على أريكته[2] يأتيه[*] الأمر[3] من أمرى ، ممّا أمرت به أو نهيت عنه - فيقول : لا أدرى ما وجدنا في كتاب اللّه تعالى اتبعناه."[4] هذا مع قوله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه ، وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾.[5]

والجواب الثاني : أنّ خبر التصرية غير مخالف للأصول من الأوجه التي ذكروها ، بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده.

أمّا قولهم : " إنّ غرم القيمة مع إمكان الردّ لا يجوز " . فالردّ في لبن التصرية غير ممكن من وجهين :

أحدهما : نقص قيمته بعد الحلب ، وذهاب كثير من منافعه بطول المكث .

---

(١) أ ، د : لا ألقينّ " وهو خطأ ، والتصويب من ب ، جـ و مصادر التخريج .

(٢) جاء في النهاية لابن الأثير ١/ ٤٠ : " الأريكة : السرير في الحجلة من دونه ستر ، ولا يسمّى منفردا أريكة ، وقيل : هو ما اتكئ عليه من سرير ، أو فراش أو منصّة ". قلت : والحجلة : بفتحتين ، بيت يزيّن للعروس بالثياب والأسرّة والستور كما في مختار الصحاح ص ١٢٤. (*) يأتيه : ليس في أ. وأثبته من ب ج د .

(٣) أ " الآمر " والتصويب من باقي النسخ . ومن مصادر التخريج .

(٤) حديث صحيح . أخرجه الشافعي في مسنده ٦/ ٢٠٣ (مع الأم) وفي الرسالة ص ٨٩ ، ٢٢٦ ، ٤٠٣ ، وأبو داود ٤/ ٢٠٠ ، والترمذى ٥/ ٣٧ وقال : حديث حسن صحيح ، وابن ماجة ١/ ٧ ، وأحمد ٦/ ٨ ، والحاكم ١/ ١٠٨ وصحّحه على شرط الشيخين كلهم أخرجوه من حديث أبي رافع مرفوعا .
هذا ، وقد روى معناه أيضا من حديث أبي هريرة. أخرجه أحمد ٢/ ٣٦٧ ، ومن حديث المقدام بن معد يكرب أخرجه أحمد ٤/ ١٣١ ، والدارمي ١/ ١٤٤.

(٥) انظر : سورة الحشر : ٧.

والثاني : أنّ لبن التصرية قد خالطه[١] ما حدث في الضرع بعده على ملك المشترى ،فلم يمكن ردّه مع الجهل بما خالطه.[٢]

وأمّا قولهم : "إنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله ،وجعله مقدّرا مع اختلاف قدره " . فالجواب : أنّ ماكان مجهول القدر مجهول الوصف ، جاز الرجوع فيه الى بدل مقدّر في الشرع[٣] ،من غير مثل ولا تقويم ، كالغرّة في الجنين يستوى فيه الذكر والأنثى وإن اختلفت دياتهما . وما قدّره الشرع في الشجاج[٤] كالموضحة[٥] التي تستوى[٦] دية ماصغر منها وما كبر.[٧]

---

(١) جـ : قد خالط .

(٢) قلت : ولوقيل بردّ المثل هنا لوقع التخاصم والتشاجر بين المتبايعين في تقدير لبن التصرية ،فقطع الشارع الحكيم هذا النزاع والخصام ، وقدّره بحدّ لا يتعديانه فصلا للخصومة .

(٣) ب ،جـ : بالشرع .

(٤) الشِّجَاج : جمع شَجَّة ،وهي المرّة من الشجّ ،والشجّ في الرأس خاصّة في الأصل ،وهو أن يضربه بشيء فيجرحه فيه ويشقّه ،ثمّ استعمل في غيره من الأعضاء . أنظر : النهاية لابن الأثير ٢/ ٤٤٥.

(٥) المُوْضِحَةُ : الشجّة التي تبدى وَضَح العظم أي بياضه . والجمع: مواضح . أنظر : المرجع السابق ٥/ ١٩٦ والصحاح ١/ ٤١٦.

(٦) أثبته من جـ . وفي أ : " يستوى " وفي ب ، د : غير منقوط.

(٧) أرش الموضحة خمس من الإبل . قال الخطّابي في معالمه ٥/ ٨٧ " وكذلك الدية في الأصابع سواء على اختلاف مقادير جمالها ومنفعتها ،وجاءت السنة بالتسوية بين دية اللسان والعينين واليدين والرجلين." ثم بعد أن ذكر أمثلة أخرى قال : " فكيف يجوز ردّ السنة الثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم من أجل أنّ بينها وبين بعض السنن مخالفة في بعض أحكامها."

وأمّا قولهم : " إنّ فيه عدولا عن التقويم إلى الثمن " فليس بمنكر[١] أن يَرِدَ الشرع في القيمة بما يخالف[٢] جنس الأثمان . كما جاء الشرع في الديات بالابل[٣] ، وفي جزاء الصيد بالنعم[٤] ، وفي الجنين بالغرّة.[٥]

وأمّا قولهم : "إنه يوجب الردّ مع ما حدث في يد المشترى من النقص " فعنه جوابان :

أحدهما : أنّ النقص حادث في اللبن دون الشاة ، وهو إنما يردّ الشاة دون اللبن .

والثاني : أنّ النقص الحادث الذى لا يوصل الى معرفة العيب إلاّ به لا يمنع من الردّ ، كالذى يكون مأكوله في جوفه إذا كسر.[٦]

وأمّا استعمالهم الحديث على ما ذكروه من الشرط فغلط من أربعة أوجه :

---

(١) ب : " فليس تمكين " وهو تصحيف.

(٢) د : بما خالف .

(٣) وقد ثبت ذلك بأحاديث صحيحة أخرجها البخارى ٩/ ١١، ومسلم ٣/ ١٢٩٤، وأبو داود ٤/ ١٨٤ ، والترمذى ٤/ ١٠، والنسائي ٨/ ٣٦ ، وابن ماجة ٢/ ٨٧٧.

(٤) قال الله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ ، ومن قتله منكم متعمّداً فجزاءٌ مثلُ ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغَ الكعبة ﴾ الآية سورة المائدة : ٩٥ .

(٥) وقد ورد ذلك في أحاديث صحيحة رواها البخارى ٩/ ١٤، ١٢٦ ومسلم ٣/ ١٣٠٩ ، وأبو داود ٤/ ١٩١ ، والترمذى ٤/ ٢٣ ، والنسائي ٨/ ١٩ ، وابن ماجة ٢/ ٨٨٢.

(٦) إذا كسر : ساقط من د .

أحدها : أنّ نهيه عن التصريه لا يقتضيه.[1]

والثاني : أنه جعل الردّ للمشترى وحده ، ولو كان للشرط كان لهما.

والثالث : أنه جعل الرضى موجبا[2] للإمضاء ، والسخط موجبا للردّ ، ولم يجعله[3] معلّقا باسقاط الشرط.

والرابع : أنه أوجب فيه ردّ صاع من تمر ، وإسقاط[4] الشرط لا / يوجب ردّ صاع من تمر. ١١١/أ

وأمّا الجواب عن استدلالهم بأنّ هذا ظنّ من المشترى ، كما لو ظنّ سمن ضرعها لبنا ، وانتفاخ جوفها حملا. فهو أنّ سمن الضرع ليس بتدليس منه فلم يكن عيبا ، والتصرية تدليس منه فكانت عيبا.

وأمّا انتفاخ جوفها بالعلف. فهو وان كان من فعله فهو مندوب إلى إكثار علفها وغير منهيّ عنه،[5] فلم يكن تدليسا. والتصرية منهى عنها فكانت تدليسا.

وكذا لو ابتاع غلاما قد أخذ دواة وأقلاما وسوّد يديه[6] ليوهم المشترى أنه كاتب ، فكان[7] غير كاتب ، فليس هذا عيبا يستحق به المشترى الردّ ، لأنه قد كان يمكنه اختباره قبل الشراء ، ولكون ذلك منه محتملا ، لأنه يجوز أن يكون كاتبا ، ويجوز أن يكون غلاما لكاتب.

---

(١) د : عن تصرية ولا يقتضيه.
(٢) من ب ، جـ. وفي أ ، د : "موجب" وهو خطأ.
(٣) أ : "ولم يجعل" وأثبته من باقي النسخ .
(٤) ب : "فاسقاط" وهو خطأ.
(٥) د : "وغير مستحق عنه" وهو خطأ.
(٦) ب : "يده" جـ : "بدنه".
(٧) ب ، د : "وكان".

وأمّا الجواب عن استدلالهم بأنه لو كان عيبا مع الرؤية (١) ، لكان عيبا مع فقد الرؤية كسائر العيوب . فهو إنّا نقول إنه عيب مع الرؤية وفقد الرؤية . كسائر العيوب.

- فصل -

وإذا ثبت أنّ التصرية عيب يوجب (٢) الرّد ، فلا يخلو حال المشتري عند العقد من أحد أمرين : إمّا أن يكون عالما بالتصرية ، أو غير عالم. فان كان غير عالم بالتصرية ، فله الرّد إذا علم بالتصرية إلى ثلاثة أيّام ، لقوله صلّى الله عليه وسلّم : " فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها (٣) ثلاثا "

واختلف أصحابنا في هذا الخيار على وجهين : (٤)

أحدهما : وهو قول أبي حامد المروزي - : أنه خيار شرع ، لأنه يمتدّ (بعد العلم بالعيب (٥)) (٦) إلى مدّة (٧) ثلاثة أيّام . ولو كان خيار عيب لكان على الفور.

والوجه الثاني (٨) - وهو قول أبي اسحاق المروزي - : أنه خيار

---

(١) د : " مع الرواية " وهو خطأ .

(٢) ب : " توجب ".

(٣) ب : " أن يحلفها " وهو تصحيف.

(٤) ذكرهما السبكي في تكلمته (١٢/٣٣) . قال : " وأصحّهما وأوفقهما للحديث ولنصّ الشافعي قول أبي حامد " وراجع نصّ الشافعي في الأمّ (٣/٦٠) في باب الاختلاف في العيب من كتاب اختلاف العراقيين .

(٥) بالعيب : ساقط من د .

(٦) مابين القوسين ساقط من جـ.

(٧) مدّة : ساقطة من جـ.

(٨) د : " والقول الثاني " وهو خطأ .

عيب ، لأنه موضوع لكشف التدليس . والتدليس بالتصرية لا يعلم قبل مضيّ ثلاثة أيّام ، لأنه إذا حلبها في اليوم الأوّل لم يعلم بالتصرية ، لجواز أن يكون لبنها في كلّ يوم مثله . فاذا حلبها الحلبة الثانية في اليوم الثاني فرآه ناقصا ، جاز أن يكون نقصه لأنها مصرّاة ، وجاز أن يكون نقصه لعلّة ،(١) أو لتغيّر مكان . فاذا حلبها الثالثة في اليوم الثالث فكان ناقصا عن اليوم الأوّل تيقّن(٢) حينئذ أنها مصرّاة .

فلو لم يعلم بالتصرية حتّى مضت ثلاثة أيّام ، ثم علم . فعلى الوجه الأوّل لا ردّ له ، لأنه قد تقدّر بالشرع ثلاثا ، فلم يجز أن يثبت بعد ثلاث ، وعلى الوجه الثاني له الردّ ، كما لو علم بغيره من العيوب بعد ثلاث .

وأمّا إذا كان عالما بالتصرية عند العقد فهل يثبت له خيار الردّ أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : له / الخيار في الردّ . وهذا قول من زعم أنه خيار شرع . ١١١/ب

والثاني : لا خيار له في الردّ . وهذا قول من زعم أنه خيار عيب .(٣)

---

(١) ب : " لقلة " وهو تصحيف .

(٢) ج : تبيّن .

(٣) راجع في الفصل : المهذّب ٢٨٩/١ ، والفتح ٣٣٤/٨ ، والروضة ٤٦٦/٣ ، والتكلمة ٣١/١٢ ، والمنهاج مع المغني ٦٣/٢ ، والنهاية ٧٢/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٩/٢ .

- فصـــــل -

فاذا ردّ بالتصرية على ما ذكرناه ،فعليه أن يردّ معها بدلا من لبن [١] التصرية صاعا. وفيه [٢] لأصحابنا ثلاثة أوجه [٣]:

أحدها - وهو قول أبي اسحاق المروزى وطائفة -: [٤] أنه يردّ معها صاعا من تمر ،ولا يجوز أن يعدل إلى غيره من الأقوات [٥] ، لقوله صلّى الله عليه وسلّم : " صاعا [٦] من تمر لا سمراء ".

فعلى هذا لو أعوز التمر [٧] أعطى قيمته. وفي محلّ قيمته وجهان. [٨]

---

(١) لبن : ساقط من د .

(٢) فيه : أثبته من ب ،ولا يوجد في باقي النسخ .

(٣) راجع : الفتح ٣٣٥/٨ ،والروضة ٤٦٧/٣ ،والتكلمة ٤٩/١٢ ، والمنهاج مع المغني ٦٤/٢ ،والنهاية ٧٢/٤ - ٧٣ ،وشرح المحلى مع قليوبي وعميرة ٢٠٩/٢.

(٤) وهو الصحيح عند أكثر الشافعية . انظر : المراجع السابقة ،قال السبكي في تكملته (٥٥/١٢) مرجّحا لهذا الوجه : " لأنّ الأحاديث الصحيحة مصرّحة بالتمر ،والتي فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأنّ المطلق محمول على المقيّد . وأمّا حديث ابن عمر الذى فيه القمح فقد تقدّم التنبيه على ضعف طريقه ."

(٥) قال السبكي : " إلاّ أن يكون - أى العدول - برضى البائع " أنظر : تكملته ٥٦/١٢.

(٦) ب : " صاع " وهو خطأ.

(٧) ب : " الثمن " وهو تصحيف.

(٨) ذكرهما الرملي في النهاية ٧٣/٤ ،والشربيني في المغنى ٦٤/٢ ونسب تصحيح الوجه الأول إلى السبكي والأذرعي وغيرهما. وقال عن الوجه الثاني بأنه المعتمد ،وجرى عليه ابن المقرى .

أحدهما : قيمته في أقرب بلاد التمر منه . والثاني : قيمته بالمدينة .

والوجه الثاني : - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - : أنه يعطى صاعا من أيّ الأقوات المزكّاة شاء[1] ،من تمر أو برّ[2] ،أو شعير ، أو زبيب[3] ،لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال في خبر أبي هريرة : " صاعا من تمر " وقال في خبر ابن عمر :"أعطى مثل أو مثلي لبنها قمحا". فعلم أنه على وجه التخيير . وقوله :"مثلي[4] لبنها قمحا " ؛ لأنه في الغالب يكون صاعا ؛ لأنّ الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع .

والوجه الثالث - وهو قول أبي سعيد الإصطخري-[5] : أنه يعطى صاعا من غالب قوت بلده اعتبارا بزكاة الفطر .

- فصل -

فلو اشترى شاة بصاع ،ثم أراد ردّها بالتصرية ،ففي قدر[6] ما يردّ معها وجهان :[7]

أحدهما : يردّها ويردّ معها صاعا من تمر[8] إن شاء ؛

---

(١) ب : "شاة" وهو تصحيف.

(٢) أو برّ : ساقط من ب.

(٣) ب : أو زبيب أو شعير .

(٤) جـ ،د : "مثل" وهو خطأ .

(٥) ويحكى عن مالك وابن سريج أيضا . كما نسب إلى ابن سلمة وابن أبي هريرة وقال الروياني : إنه القياس . راجع : الفتح ٨/٣٣٥ ، والتكملة ١٢/٤٩ والحلية ٧٣/ب.

(٦) من ب ،جـ . وفي أ ،د : " ففي ردّ " وهو خطأ .

(٧) أصحّهما هو الوجه الأول . راجع الفتح ٨/٣٣٦ ،والروضة ٣/٤٦٨ ، والتكملة ١٢/٧٦ وفيها : " ولا يكون ذلك ربا ؛لأنّ الربا في العقود لا في الفسوخ" ثم نقل في المسألة وجهين آخرين . أحدهما : أنه يردّ الشاة وقيمة اللبن ذهبا أو ورقا . والثاني : أنه يردّها ولا شيء عليها .

(٨) من تمر : أثبته من ب وليس في باقي النسخ .

لأنّ الشرع قد قدّر لبن التصرية بصاع فلا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه ، كمالا اعتبار بقلة اللبن وكثرته.

والوجه الثاني : أنه يردّ من الصاع بقدر نقص التصرية من الثمن؛ لأنّ المبتغى بالردّ استدراك النقص.

فعلى هذا تقوّم الشاة لو لم تكن مصرّاة ،فاذا قيل عشرة دراهم ، قوّمت وهي مصرّاة . فاذا قيل ثمانية درهم ، علم أنّ نقص التصرية هو الخمس[(١)] ،فيردّ المشترى معها خمس الصاع الذى اشتراها به.

- فصل -

فلو كان لبن التصرية بعد حلبه باقيا ،فأراد المشترى أن يردّه معها ،لم يلزم البائع قبوله[(٢)] ، لنقصه بالحلب وتغيّره. ولو طلبه البائع لم يلزم المشترى دفعه لما حدث في الضرع من زيادة اللبن قبل الحلب . ووجب ردّ بدله صاعا ،إلّا أن يتفقا على ردّ اللبن[(٣)].

- مسألة -

قال الشافعي[(٤)] : (وكذلك البقر)[(٥)].

وهذا صحيح . وحكم التصرية في الابل ،والبقر ،والغنم[(٦)] سواء؛

---

(١) جـ : " الخسان " وهو خطأ.

(٢) هذا هو الوجه الصحيح الذى ذهب إليه جمهور الشافعية .وفي وجه : يلزمه قبوله ويجبر عليه ،لأنه أقرب إلى استحقاقه من بدله وهذا الخلاف فيما إذا لم يتغيّر اللبن وأمّا إذا تغيّر وحمض فلا خلاف في أنه لا يلزمه قبوله . راجع : المهذّب ١/ ٢٩٠ ،والفتح ٨/ ٣٣٥ ،والروضة ٣/ ٤٦٧ ،والتكملة ١٢/ ٨٠.

(٣) راجع إضافة إلى المراجع السابقة : المغني ٢/ ٦٤ ،وشرح المحلى ٢/ ٢٠٩.

(٤) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه.

(٥) أنظر : مختصر المزني ٢/ ١٨٥.

(٦) والغنم : ساقط من جـ ،د .

لأنّ النصّ في الإبل والغنم دليل على أنّ / ما بينهما لا حق بهما . ١١٢/أ
ولأنّ البقر من جملة النعم التي تقصد ألبانها . وأيّ هذه الثلاثة ردّها
بالتصرية ردّ معها صاعا بد لا من لبن التصرية .

فأمّا التصرية في غير الإبل والبقر والغنم فهل تكون عيبا يوجب
الرّد ؟ على وجهين : (١)

أحدهما - وهو قول البصريين -: أنه ليس بعيب ،لأنّ الألبان
لا تقصد غالبا إلّا من النعم (٢) ،فلم يكن نقص اللبن فيما عدا الإبل
والبقر والغنم عيبا .

والوجه الثاني - وهو قول البغداديين -: أنّ التصرية في كل
الحيوان عيب ،لأنّ في كثرة ألبانها نفعا وغرضا ،فكان نقصه عيبا ،
كالنقص في ألبان البقر والإبل والغنم.

فعلى هذا الوجه لو اشترى أمة فبانت مصرّاة (٣) ، فأراد

---

(١) قال النووي :" والأصحّ : أنها لا تختصّ بالنعم ،بل يعمّ كلّ مأكول والجارية والأتان ". قال الشربيني في تعليله : " لأنه قد ورد في رواية مسلم " من اشترى مصرّاة " وفي رواية للبخاري " من اشترى محفّلة " ، ولأنّ لبنها مقصود للتربية ". انظر: المنهاج والمغني ٢/٦٤.

(٢) النعم : واحد الأنعام ،وهي المال الراعي ،وأكثر ما يقع هذا الاسم على الإبل . انظر : المختار ص ٦٦٩.

(٣) وهل يثبت في الجارية المصرّاة الخيار ؟ فيه وجهان . أحدهما : - وهو الأصحّ - يثبت ; لأنّ غزارة ألبان الجواري مطلوبة في الحضانة ،مؤثّرة في القيمة . والثاني : لا يثبت ; لأنه لا يقصد لبنها إلّا على ندور. انظر : الفتح ٨/٣٣٦ - ٣٣٧ ، والروضة ٣/٤٦٩.

ردّها بالتصرية ،فهل يلزمه أن يردّ معها صاعا من تمر بدلا من لبن التصرية؟ على وجهين :(١)

أحدهما : يردّ معها صاعا من تمر لعموم الخبر.

والثاني : لا يلزمه ذلك ،لأنّ ألبان الإماء غير مقصودة(٢) (بل الحضانة مقصودة)(٣) واللبن تبع . وكذلك الحكم في إناث الخيل.

فأمّا إناث الحمير فقد اختلف أصحابنا في ألبانها . فمذهب جمهورهم أنها نجسة ،فعلى هذا إذا ردّها بالتصرية لم يلزمه ردّ صاع معها ،لأنه لا عوض لألبانها.

وقال أبو سعيد الإصطخرى : هي طاهرة يجوز شربها . فعلى هذا إذا ردّها بالتصرية فهل يردّ معها صاعا من تمر؟ على وجهين كالإماء وإناث الخيل.(٤)

---

(١) أصحّهما هو الوجه الثاني . راجع المرجعين السابقين.

(٢) ب : غير مقصود .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) وقد حكى السبكي في إناث الحمير أربع طرق للأصحاب ،وهي كما يلي : إحداها : ـ ذكرها الشيرازى والشيخ أبو حامد ـ : أنه إن قلنا بطهارة لبنها ردّها وردّ بدل اللبن . وان قلنا بنجاسته فقيل : يردّها ولا يردّ معها شيئا وقيل : يمسكها ويأخذ الأرش.
والطريقة الثانية : وهي التي ذكرها الماوردى والقاضي حسين .
والطريقة الثالثة ـ ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيّب ـ : الجزم بردّها وتخريج بدل اللبن على الخلاف . فان قلنا بطهارته ردّ بدله صاعا من تمر . وان قلنا بنجاسته لا يردّ ،لأنّ النجس لا بدل له ولا قيمة.

===

- مسألـــة -

قال الشافعي [(١)] : (فان [(٢)] رضيها المشترى وحلبهـــــا زمانا ،ثم أصاب بها عيبا غير التصرية فله ردّها بالعيب ويردّ معها صاعا من تمر عن لبن [(٣)] التصرية . ولا يردّ اللبن الحادث في ملكه ، لأنّ النبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قضى [(٤)] أنّ [(٥)] الخراج بالضمان .) [(٦)]

وصورتها في رجل اشترى شاة مصرّاة فرضى بالتصرية ، ثـــمّ وجد بها عيبا غير التصرية ،فله الخيار في ردّها بالعيب الآخر ، لأنّ من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضى بما علم من الردّ بما لم يعلـم .

فاذا كان كذلك لم يخل حال علمه بالتصرية ورضاه بها من أحد أمرين : إمّا أن يكون مع العقد أو بعده.

فان كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى بها ، ثم وقف على عيب آخر ،فله أن يردّها بالعيب الآخر لا يختلف أصحابنا فيه. فاذا ردّهـــا

=== والطريقة الرابعة - وارتضاها الإمام الجويني -: أنه إن قلنا : اللبن نجس فلا يقابل بشيء ولكن لا يبعد إثبات الخيار ، إذ قـــد يقصد غزارة لبنها لمكان الجحش،وإن حكمنا بأنه طاهر فكذلك لأنّ اللبن المحرّم لا يتقوّم . وإن حكمنا بحلّه فالقول فـــي تصريتها كالقول في تصرية الجارية . انظر تكملته ١٢/٨٩.
وراجع في المسألة أيضا : المهذّب ١/٢٩٠ ، والفتح ٨/٣٣٦ يردّها ولا يردّ اللبن في الأصحّ ،والروضة ٣/٤٦٨ ،والمغني ٢/٦٤ ،والنهاية ٤/٧٤ ،وشرح المحلى ٢/٢١٠.

(١) ب ،د :"الشافعي رضي اللّه عنه " جـ: "الشافعي رحمه الله ".
(٢) م : فان كان.
(٣) ب : " ثمن لبن " م : " ثمنا للّبن".
(٤) ب : قال.
(٥) ب : بدون "أن ".
(٦) انظر : مختصر المزني ٢/١٨٥. والحديث يأتي تخريجه في ص ٨٣٣ هامش (٤) .

بالعيب الآخر ردّ معها صاعا من تمر بدلا من لبن التصرية ؛ لأنه قد كان معقودا عليه. ولا يردّ عن اللبن [(١)] الحادث في يده عوضا ، لأنه حدث في ملكه [(٢)] وبعد ضمانه ،وقد قضى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم / أنّ الخراج بالضمان. ١١٢/ب

فأمّا [(٣)] إن كان علمه [(٤)] بالتصرية ورضاه بها مع العقد ، ثمّ وقف على عيب آخر [(٥)] ، ففي جواز ردّها به وجهان [(٦)] خرّجهما ابن أبي هريرة من اختلاف قوليه [(٧)] في تفريق الصفقة :

أحدهما : يردّها بالعيب ،ويردّ معها [(٨)] صاعا من تمر بدلا من لبن التصرية ،على قول من ([(٩)] يجيز تفريق الصفقة.

والثاني : لا يردّها بهذا العيب ،ويرجع بأرشه ،على قول من) [(٩)]

---

(١) د : " مع اللبن " وهو خطأ.

(٢) د : في يده.

(٣) فأمّا : أثبته من ب. وفي باقي النسخ " هذا " وهو خطأ.

(٤) ب : " عالما " ولا يقبله السياق.

(٥) آخر : ساقط من د .

(٦) أصحّهما الوجه الأول ،وهو المذهب وبه جزم الكثيرون ،وهو الذى نصّ عليه الشافعي هنا . قلت : والذين حكوا الوجهين ذكروه مطلقا من غير فرق بين أن يكون العلم بالتصرية بعد العقد أو معه راجع الفتح ٣٣٨/٨ ،والروضة ٤٧٠/٣ ،والتكملة ٦٥/١٢ ، وحكى في المسألة أربع طرق للأصحاب . والمغنى ٦٤/٢ جزم بالوجه الأول .

(٧) د : قوله.

(٨) معها : لا يوجد في ب.

(٩) مابين القوسين ساقط من أ ،د . وأثبته من ب ،جـ .

يمنع من تفريق الصفقة ،لأنّ لزوم بعض الصفقة يمنع من فسخ بعضها ، لما فيه من تفريقها . وليس كذلك حكم الرضا بعد العقد ،لأنّ الصفقة لم تكن قد أوجبت لزوم النقص .

- فصـــل -

فلو اشترى شاة غير مصرّاة وكان في ضرعها لبن ،وحلبه ،ثم وجد بها عيبا - جاز أن يردّها به ،لا يختلف أصحابنا فيه ،لأنّ ماكان في الضرع غير مقصود إذا لم يكن لبن التصرية.

وعليه إذا ردّها بالعيب أن يردّ معها[1] قيمة ذلك اللبن ؛ لأنه يأخذ قسطا من الثمن . ولا يلزمه ردّ صاع ،لأنّ الصاع عوض من لبن التصرية ، وليست هذه مصرّاة .

فان اتفقا على قدره ،وإلّا فالقول قول المشتري مع يمينه ،لأنه غارم والله أعلم بالصواب .[2]

* * *

---

(١) معها : أثبته من ب ،جـ . ولا يوجد في أ ،د .

(٢) راجع في الفصل : الفتح ٣٣٦/٨ ،والروضة ٤٦٨/٣ ،والمغني ٦٤/٢ والنهاية ٦٤/٤ ،والتكملة ١٠٥/١٢ ، ذكر في المسألة خمس طرق للأصحاب :
أحدها : امتناع الردّ ،وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيّب ومن وافقهما.
والثاني : جواز ردّها ،ولكن لا يردّ بدل اللبن شيئا . وهو المحكى عن نصّ الشافعي في القديم .
والثالث : أنه يردّها ويردّ معها صاعا من تمر. قاله صاحب التهذيب
والرابع : ماقاله الماوردي.
والخامس : تخريج ذلك على أنّ اللبن هل يأخذ قسطا من الثمن أم لا ؟ وهو مذهب الإمام الجويني .

[- باب الخراج بالضمان، والرد بالعيب]

قال الشافعي رحمه الله [1] : (أخبرني من لا أتّهم ،عن ابن أبي ذئب [2] ،عن مخْلَد بن خُفَاف [3] ،أنه ابتاع غلاما فاستغلّه [4] ، ثم أصاب به عيبـــا ، فقضــى لــه عمر بن عبد العــزيز [5] بـــردّه.

---

(١) ب ،د : رضي الله عنه.

(٢) هو أبو الحارث محمّد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب ، القرشي ،العامرى المدني ، ثقة فقيه فاضل ، مـن تابعي التابعين . توفى بالكوفة سنة ١٥٨ ، أو ١٥٩هـ ،وهو ابن ٧٩ سنة. انظر في ترجمته : طبقات الشيرازى ص ٦٧ ، وتهذيب الأسماء ٨٦/١ ،والتذكرة ١٩١/١ ،وتهذيب التهذيب ٣٠٣/٩.

(٣) هو مخلد بن خفاف - بضم الخاء المعجمة وتخفيف الفاء - بن إيماء الغفارى . لأبيه وجدّه صحبة ،وثّقه ابن وضّاح ،وذكره ابن حبّان في الثقات ،وقال البخارى : فيه نظر. راجع : الجرح ٣٤٧/٤ والكاشف ١٢٨/٣ ،وتهذيب التهذيب ٧٤/١٠ .

(٤) استغلّ عبده : أى كلّفه أن يُغِلّ عليه ،انظر : المختار ص ٤٨٠.

(٥) هو الخليفة الراشد والامام العادل ،أبو حفص عمر بن عبد العزيز ابن مروان بن الحكم القرشي الأموى ،التابعي . وَلِيَ الخلافــة بعد سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ،فملأ الأرض قسطا وعدلا، وسـنّ السنن الحسنة ،وأمات الطرائق السيّئة وردّ المظا لم إلــى أهلها . مات بدير سمعان - قرية من قرى حمص - سنة ١٠١ هـ وهو ابن ٣٩ سنة ،وكانت مدّة خلافته سنتين وخمسة أشهر . انظر في ترجمته : طبقات الشيرازى ص ٦٤ ،وطبقات ابن سعد ٢٤٢/٥ ، وتاريخ الخلفاء للسيوطي ص ٢٢٨ وتهذيب الأسماء ١٧/٢ ،والتذكرة ١٨١/١ ،وحلية الأولياء ٢٥٣/٥.

وغلّته [١] ، فأخبر عروة عمر عن عائشة [٢] أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قضى في مثل هذا : " أنّ الخراج بالضمان " [٣] فردّ عمر قضاء ، وقضى لمخلد بن خفاف بردّ الخراج. [٤]

قال الشافعي [٥] : فبهذا نأخذ [٦] ، فما حدث في يد [٧]

---

(١) الغلّة : الدخل الذى يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة والنتاج ونحو ذلك . انظر : النهاية لابن الأثير ٣ / ٣٨١ .

(٢) ج : " فأخبر عن عروة عن عائشة رضي الله عنها " د " فأخبر عروة عن عائشة ".

(٣) أى : يملك المشترى الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذى عليه : أى بسببه ، فالباء للسببية ، أنظر : نيل الأوطار ٥ / ٢٤١ .

(٤) روى هذا الحديث مطوّلا ومختصرا . أخرجه أبو داود ٣ / ٢٨٤ ، والترمذى ٣ / ٥٨٢ ، وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي ٧ / ٢٢٣ ، وابن ماجة ٢ / ٧٥٤ ، والشافعي في الرسالة ص٤٤٨ ، والدارقطني ٣ / ٥٣ ، وابن الجارود ص ٢١٢ ، والطحاوى في شرح المعاني ٤ / ٢١ ، والبيهقي ٥ / ٣٢١ ، والحاكم ٢ / ١٥ وقال : صحيح الإسناد ولم يخرّجاه ووافقه الذهبي .

قلت : الحديث ورد من مختلف الطرق ولا يخلو طريق من مقال ، ولكنه يتقوّى بمجموعها . راجع بهذا الخصوص : مختصر المنذرى مع المعالم ٥ / ١٦٠ ، وتكملة السبكي ١٢ / ١٩٧ ، ونيل الأوطار ٥ / ٢٤٠ وفيه : " وصحّحه الترمذى ، وابن حبّان ، وابن الجارود والحاكم وابن القطّان ، وضعّفه البخارى . "

(٥) ب : الشافعي رحمه الله .

(٦) ج : فبهذا الحديث أنا آخذ .

(٧) ب ، م : في ملك .

المشترى من غلّة ، ونتاج ماشية ، وولد أمة ،فكلّه في معنى الغلّة لا يردّ منها شيئا ،(١) ويردّ(*) الذى ابتاعه وحده إن لم يكن ناقصا عما أخذه.(٢))

وهذا كما قال . أمّا قوله : "أخبرني من لا أتهم" فقد قيل : إنه ابراهيم بن أبي يحيى(٣) . وقيل : هو من عرف ثقته ونسي إسمه . وقيل : بل هم جماعة لم يحبّ أن يخصّ أحدهم بالذكر فكنّى عنهم.

فاذا ابتاع رجل شيئا فاستغلّه(٤) ، ثم وجده معيبا فأراد ردّه . فان كانت الغلّة منافع ،كالسكنى(٥) والاستخدام والركوب ، لم يمنع ذلك من الردّ بالعيب ،والمنافع له.(٦) وإن كانت الغلّة أعيانا كالنتاج والثمار ، فمذهبنا أنه يردّ الأصل بعينه ،ويمسك ما حدث في يده من النتاج والثمار لنفسه.(٧)

(*) أ : "يرده" والتصويب من ب ج .

(١) لا يردّ منها شيئا . أثبته من ب ،م وهو ساقط من باقي النسخ .

(٢) انظر : مختصر المزني ٢/١٨٦.

(٣) هو أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي المدني وقد ينسب إلى جدّه . متروك ،كان يرى القدر . كما اتّهم بالكذب والوضع . توفى سنة ١٨٤ وقيل ١٩١ هـ ،انظر ترجمته في الجرح ١/١٢٥ ،وتهذيب الأسماء ١/١٠٣ ،وتهذيب التهذيب ١/١٥٨ ، والكاشف ١/٩٠ ،والتقريب ص ٢٣.

(٤) ب ،جـ "فاستعمله" وهو تصحيف .

(٥) جـ : "منافع المساكين" وهو تصحيف.

(٦) ذكر السبكي عدم الخلاف في ذلك. انظر تكملته ٢/٢٠١.

(٧) انظر : الإقناع ص ٥٤ ،والتنبيه ص ٦٦ ،والفتح ٨/٣٧٩ وبه قال أحمد ، والروضة ٣/٤٩١ والتكملة ١٢/٢٠١،والمغنى ٢/٦١ ، والنهاية ٤/٦٧ ،وشرح المحلى ٢/٢٠٧.

وقال أبوحنيفة (١) : لا يجوز له الردّ ، لأجل ماحدث في يده من الثمار (٢) ،ويرجع بالأرش .

وقال مالك (٣) : يردّ الأصل / ويردّ معه من النماء ما كان ١١٣/أ من جنسه كالنتاج (٤) ،ولا يردّ ما ليس من جنسه كالثمار .

واستدلّ أبو حنيفة (٥) على ذلك بأنّ الردّ بالعيب يرفع العقد من أصله ، لأنه يكون جبرا بخلاف الإقالة (٦) ،ولا يكون (٧) قطعا للملك في الحال بدليل أنه لا تجب فيه الشفعة . ورفع العقد من أصله يوجب ردّ النماء . فلمّا أجمعنا على (٨) أنه لا يلزمه ردّ النماء ،دلّ على أنه لا يجوز له (٩) الردّ .

وقد جمعوا بين النماء المنفصل والنماء المتصل ،فقالوا : لأنه

---

(١) انظر في مذهبه : البدائع ٣٣٤٣/٧ ومابعدها ،والتبيين ٣٥/٤ ، والهداية مع الفتح ٣٦٨/٦ ،وحاشية ابن عابدين ١٨/٥ .

(٢) جـ : من النماء .

(٣) انظر في مذهبه : المنتقى للباجي ١٩٨/٤ ،وبداية المجتهد ١٥٢/٢ ، وشرح الحطّاب مع المّواق ٤٦٣/٤ ،والخرشي ١٥٠/٥ ورحمة الأمة ص١٤٠ .

(٤) كالنتاج : ساقط من جـ .

(٥) قال الزيلعي في التبيين ٣٥/٤ مستدلّا لأبي حنيفة : " إنّها تمنع الردّ ،لأنه لا وجه إلى الفسخ فيها مقصودا ، لأنّ العقد لم يرد عليها ، ولا تبعا لانفصالها ،ولا إلى الفسخ في الأصل وحده بدون الزيادة ،لأنه يؤدّى الى الربا ،لأنّ المشترى إذا ردّ المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلاعوض ".

(٦) جـ "بخلاف العادة " وهو خطأ .

(٧) جـ : "فلا يكون " ويأباه السياق .

(٨) على : أثبته من ب ،د . وليس في أ ،ج .

(٩) له : أثبته من ب ،جـ . وليس في أ ،د .

نماء من نفس المبيع (١) ،فلم يكن (٢) له ردّه دون النماء كالكبر (٣) والسمن .

قالوا : ولأنّ الولد قبل انفصاله بمنزلة أعضائها بدليل أنه يعتق بعتقها ،فانفصاله عنها يمنع من (٤) الردّ كانفصال بعض أعضائها .

فأمّا مالك فاستدلّ على أنه يردّ النتاج ولا يردّ الثمرة بأن (٥) النتاج من أجزاء الأمّ ، فلم يجز أن يردّها إلّا بجميع (٦) أجزائها . وليست الثمرة من أجزاء النخلة (٧) ،فجاز أن يردّها دون ثمرها . (٨)

والدلالة عليهما ما رُوى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قضى أنّ الخراج بالضمان . والخراج اسم لما خرج من الشيء من عين و منفعة (٩) وهذا القول مع بقاء الشيء على ملك المشترى غير مفيد ؛لأنه معلوم بالاتفاق ،وانما المقصود به منع الردّ (١٠) بالعيب .

ولأنها فائدة حدثت في ملك المشترى ،فوجب أن لا تمنع (١١) من

---

(١) أ : " البيع " والتصويب من باقي النسخ .
(٢) د : " فلم يلزم " ولا يقبله السياق .
(٣) كالكبر : أثبته من ب ،جـ . وفي أ ،د " كاللبن " وهو تصحيف.
(٤) من : ليس في د .
(٥) ج : " فان " وهو تصحيف .
(٦) ب ،جـ : " إلاّ ببعض " وهو خطأ .
(٧) د : " الغلّة " وهو تصحيف .
(٨) ب : ثمرتها .
(٩) راجع النهاية لابن الأثير ١٩/٢ ،والمصباح ص ١٦٦ ، ولسان العرب ٢٥٢/٢ .
(١٠) أثبته من جـ . وفي باقي النسخ " منع الردّ " وهو تصحيف .
(١١) أ : " أن تمنع " والتصويب من باقي النسخ .

الردّ بالعيب قياسا على كسب العبد .

ولأنّ الفسخ بالعيب قطع للعقد من حين الردّ ، وليس برفع له من الأصل (١) ، لأمرين :

أحدهما : أنّ الفسخ قد يكون بالإقالة كما يكون بالعيب ، ثم كان الفسخ بالإقالة قطعا للعقد (٢) ولم يكن رفعا له ، وجب أن يكون الفسخ بالعيب مثله .

والثاني : أنّ الفسخ بالعيب لو كان رفعا للعقد من أصله لأبطل حقّ الشفيع . فلمّا لم يبطل حق الشفيع بالردّ (٣) بالعيب (٤) ، دلّ على أنّ الردّ (٥) بالعيب قطع للعقد من حين الردّ ، وليس برفع (٦) له من الأصل .

فاذا ثبت بهذين أنّ الفسخ لا يرفع العقد من أصله ، ثبت أنّ المشترى يملك النماء الحادث في ملكه ، ولا يمنعه (٧) ذلك من فسخ

---

(١) هذا هو المذهب الصحيح ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده . وفيه وجهان آخران . أحدهما : أنه إن وقع قبل القبض يرفعه من أصله ، لأنّ العقد ضعيف بعد ، فاذا فسخ كأنه لا عقد . والوجه الثاني : أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل ، إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المسيس . راجع : الفتح ٣٧٥/٨ والروضة ٤٨٩/٣ ، وتكملة السبكي ٢٠٢/١٢ .

(٢) من د . وفي باقي النسخ " قطعا للملك " .

(٣) ب ، جـ : " بالفسخ " .

(٤) د : " بالبيع " خطأ .

(٥) ب ، جـ : أنّ الفسخ .

(٦) من د ، وفي باقي النسخ : برافع .

(٧) د : " ولا يتبعه " وهو تصحيف .

عقد كالاقالة.[1]

وأمّا الجواب عن قوله : " إنّ الردّ بالعيب رافع للعقد ، بدليل أنّ الشفعة لا تجب فيه " فهو أنه فاسد بالإقالة لا تجب بها[2] الشفعة وليس برافع للعقد.[3]

وأمّا قياسه على الطول[4] والسمن فيقلب عليه ،فنقول : لأنه نماء من نفس[5] المبيع ، فلم يمنع من الردّ بالعيب كالطول والسمن . ثمّ يقال : المعنى في الطول والسمن اتصاله ،وفي النتاج / انفصاله. ١١٣/ب

وأمّا قوله : " إنّ انفصال الولد كانفصال بعض الأعضاء " ، فالمعنى في انفصال بعض الأعضاء أنها عيب يوكس[6] الثمن ، فمنعت من الردّ بالعيب ، (وانفصال الولد ليس بعيب يوكس الثمن ،فلم يمنع من الردّ بالعيب).[7]

وأمّا مالك في استدلاله بأنّ النتاج من أجزاء أصله[8] بخلاف الثمرة ، فعكسه ألزم له[9] ،لأنّ النتاج منفصل والثمرة متصلة ،فلو جاز

---

(١) د : "عقد الاقالة " وهوخطأ .
(٢) د : فيها .
(٣) د : "للعيب " وهو خطأ .
(٤) جـ : على الكبر .
(٥) د : من جنس .
(٦) الوكس : كالوعد النقصان ،لازم ومتعدّ . انظر: القاموس٢/٢٦٧.
(٧) ما بين القوسين ساقط من د .
(٨) د : "أجزاء مثله " وهوخطأ .
(٩) له : ساقط من جـ ،د . وفي ب : لازم له.

ردّ أحدهما دون الآخر ،لكان ردّ [1] المتصل من الثمار أولى من ردّ المنفصل [2] من النتاج. وهذا دليل على فساد تعليله ،ووهاء أصله.

- فصـــل -

فاذا ثبت أنّ جميع ما حدث في يد [3] المشترى من النمـــاء المنفصل لا يلـزمه ردّه [4] ، فكان [5] قد اشتـرى شاة حاملا ، فوضعت عنده ،ثم وجد بها عيبا أراد [6] ردّها به . فان كانت الولادة قد نقصتها لم يكن له الردّ ،ورجـع بالأرش . وإن لم تنقصها الولادة ردّها بالعيب.

فأمّا [7] الولد ، فان قيل : إنّ الحمل يأخذ قسطا مـــن الثمن [8] ،ردّه [9] معها ، لأنّ العقد قد كان تناولهما [10] .

وإن قيل : إنّ الحمل تبع ،ففيه وجهان :

أحدهما : يكون للمشترى لا يلزمه ردّه معها ،لأنه بعـــد الانفصال لا يكون تبعا.

---

(١) ردّ : ساقط من د.

(٢) من ب ،جـ. وفي أ : "المتصل" وهوخطأ ،وفي د : "ردّ النتاج المنفصل".

(٣) ب ،جـ : بيد.

(٤) ردّه : ساقط من د.

(٥) ب ،جـ : "وكان" ويأباه السياق.

(٦) ب : "ارداد" وهوتصحيف.

(٧) جـ : وأمّا.

(٨) وهوالصحيح لدى الشافعية. انظر الفتح ٨ / ٣٨١ والروضة ٣ / ٤٩٢.

(٩) ج : "فردّه" وهو خطأ.

(١٠) د : "يتناولها" وهو خطأ.

والوجه الثاني : أنه (١) يردّه مع الأمّ ،لأنه (٢) من جملتها حين كان العقد عليها . ألا ترى لو كان عليها صوف حين اشتراها (٣) ، فجزّه ، ثم ردّها بعيب ، كان عليه ردّ ما جزّه (٤) من صوفها .

فان كان قد اشترى شاة حائلا (٥) فحملت عنده ، ثم وجد بها عيبا أراد أن يردّها به . فان كان الحمل موكسا في ثمنها ، أو مخوفا عليها في ولادتها ،لم يكن له الردّ ورجع بالأرش. وإن لم يوكس في ثمنها ،ولم يكن مخوفا عليها (٦) في ولادتها ، ردّها حاملا (٧).

فاذا وضعت ولدها ،فان قيل : إنّ الحمل يكون تبعا ، كان الولد للبائع لا يرجع به على (٨) المشترى . وإن قيل : إنّ الحمل يأخذ قسطا من الثمن ،فعلى وجهين :

أحدهما : للبائع (٩) ، لا يرجع به (١٠) على (١١) المشترى

---

(١) أنه : ليس في ب ،جـ.

(٢) لأنه : ساقط من د .

(٣) حين اشتراها : ساقط من د .

(٤) من ب ،جـ . وفي أ ،د : " ما جزّ ".

(٥) حالت الناقة تحول "حُؤُولا " بالضمّ ،و "حِيالا " بالكسر : ضربها الفحل فلم تحمل ،وهي " حائل " . انظر : المختار ص ٦٣ "حول "

(٦) عليها : أثبتها من جـ ،وليست في باقي النسخ .

(٧) قال الرافعي في الفتح ٣٨٣/٨ : "وأطلق بعضهم القول بأنّ الحمل الحادث نقص . أمّا في الجوارى فلأنه يؤثّر في الجمال والنشاط . وأمّا في البهائم فلأنه ينقص لحم المأكول ويخلّ بالحمل عليها والركوب ."

(٨) على : ساقط من ب .

(٩) جـ : أنّ البائع .

(١٠) من ب ،جـ.وفي أ ،د : " لأنه رجع به " ويأباه السياق.

(١١) على : أثبته من جـ ،د . وليس في أ ،ب .

أيضا ،لاتصاله بالأمّ عند الردّ .

والوجه الثاني - وهو أقيس - : أنه للمشترى يرجع به[1] على البائع ،لحدوثه في ملكه ،وتميّزه في حكمه.

وعلى هذا الوجه لو كان المشترى حبس الشاة المعيبة[2] حتى تضع حملها ،لم يمنعه ذلك من الردّ بالعيب ؛لأنه حبسها لأخذ ملكه منها . وعلى الوجه الأول يمنعه ذلك من الردّ بالعيب ؛لأنه حبسها ولا ملك له فيها .[3]

" فـــرع "

ذكر المزني في مسائله المنثورة : "أنّ رجلا لو اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن (وصوف إلى أجل معلوم ،فلم يتقابضا حتى احتلب البائع منها / عشرة أقساط من لبن)[4] ،ثم ماتت الغنم ،أنّ البيع ١١٤/أ يبطل ،ويسقط الثمن من ذمّة المشترى ،ويأخذ من البائع ما احتلب من اللبن ."

وهذا صحيح ؛لأنّ تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ويوجب سقوط الثمن ،ولا يمنع من ملك النماء.[5]

---

(١) جـ : أن للمشترى أن يرجع به .

(٢) ب : "المبيعة " وهو تصحيف.

(٣) انظر في الفصل : المهذّب ٢٩٢/١ ،والفتح ٣٨١/٨ ،والروضة ٤٩٢/٣ والتكلمة ٢١٩/١٢ ،والمنهاج والمغني ٦٢/٢ ، والنهاية ٦٨/٤ ،وشرح المحلى ٢٠٨/٢.

(٤) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٥) ذكر السبكي في تكملته (٢١٥/١٢) هذا الفرع بكامله ثم قال :

===

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله (١) : (ولو كانت أمة ثيّبا (٢) فوطئها ، فالوطء أقلّ من الخدمة .) (٣)

و هذا كما قال . وطء المشترى للأمة الثيّب لا يمنع من ردّها بالعيب ، ولا مهر عليه (٤) . وهو قول زيد بن ثابت . (٥)

وقال أبو حنيفة (٦) : وطؤه مانع من الردّ بالعيب ويرجع بالأرش .

=== " وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذى جزم به العراقيون . وأمّا إذا قلنا : تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله ، وأنّ الزوائد ترجع الى البائع ، فلا يأخذ المشترى من البائع شيئا . "

(١) رحمه الله : ليست في ج . وفي ب ، د : رضي الله عنه .

(٢) الثيّب يستوى فيه الذكر والأنثى فيقال " رجل ثيّب " وهو الذى دخل بامرأة و " امرأة ثيّب " وهي التي دُخل بها . واطلاقه على المرأة أكثر . راجع : المختار ص ٨٩ ، والمصباح ص ٨٧ .

(٣) انظر : مختصر المزني ١٨٧/٢ .

(٤) انظر : المهذّب ٢٩٢/١ والفتح ٣٧٦/٨ ، والروضة ٤٩٠/٣ ، والتكملة ٢٢٣/١٢ قال : " وهو مذهبنا الذى نصّ عليه الشافعي والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه " ، والمنهاج والمغني ٦٢/٢ ، والنهاية ٦٩/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٨/٢ .

(٥) وهو أيضا الرواية المشهورة عن أحمد ، وبه قال عثمان البتّي ، ومالك والليث بن سعد ، وأبو ثور . انظر : تكملة السبكي ٢٢٢/١٢ ، والمغني لابن قدامة ١١٠/٤ ، وبداية المجتهد ١٥٢/٢ .

(٦) انظر في مذهبه : المبسوط ٩٥/١٣ ، والبدائع ٣٣٣٨/٧ ، والدرّ المختار ٣٩/٥ .

وقد روى نحوه عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه.(١)

وقال ابن أبي ليلى : يردّها ويردّ معها عقرها وهو المهر وروى نحوه عن عمر(٢). قال : وعقرها إن كانت بكرا عشر قيمتها ،وإن كانت ثيّبا نصف العشر.(٣)

واستدلّ من جعل الوطء مانعا من الردّ(٤) بالعيب بأنه وطء يكمل به المهر ، فوجب أن يكون حدوثه من المشترى مانعا من الردّ بالعيب قياسا على وطء البكر.

---

(١) وبه قال الثورى ،وأبو يوسف ،واسحاق . وروى ذلك أيضا عن عمر ،وابن مسعود ،وابن سيرين ،والزهرى . كما أنه رواية عن أحمد . أنظر : تكملة السبكي ١٢/٢٢٢ ،والمغنى لابن قدامة ٤/١١١ والمبسوط ١٣/٩٥ .

(٢) وهو أيضا رواية عن أحمد ،وبه قال شريح القاضي ،ونسبه السرخسي الى زيد بن ثابت أيضا. انظر : المراجع السابقة.

(٣) قلت : ورد في المسألة أقوال أخرى أيضا . منها : أنه يردّها ، ويردّ معها مهر مثلها بالغا ما بلغ . وهو قول ابن شبرمة ،والحسن ابن حيى ،وعبدالله بن الحسن . ومنها : أنه يردّها ،ويردّ معها نصف عشر ثمنها ،وهو قول النخعي وقتادة ،وحكى عن شريح أيضا . ومنها : أنه يردّها ،ويردّ معها حكومة ،وهو قول الشعبي . ومنها : أنه لا يردّها ولا يرجع بشيء . روى ذلك عن الحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز . ومنها : أنه يردّها ويردّ معها عشر ثمنها . وهو قول سعيد بن المسيّب . وحكى عنه أيضا : يردّ معها عشرة دنانير . ولعلّ ذلك كان عشر ثمنها . انظر : تكملة السبكي ١٢/٢٢٢ ،والمغني لابن قدامة ٤/١١١.

(٤) د : "من الوطى" وهوخطأ.

قالوا : ولأنّ الوطء كالجناية لأمرين . أحدهما : أنه لا يستباح بالإباحة . والثاني : أنه لا ينفكّ من وجوب مال ،أو وجوب حقّ في بدن يسقط بالشبهة (١) . واذا ثبت بهذين (٢) أنه كالجناية ، وجب أن يكون مانعا من الرّد بالعيب كالجناية .

والدلالة على أنه لا يمنع من الرّد بالعيب أنّ الوطء أقلّ من الخدمة ،لأنّ الوطء يُلذّ (٣) ويُطرب ،والخدمة تكُدّ وتُتعب (٤) . فلمّا جاز له الرّد (٥) مع ما كدّ وأتعب ،فأولى أن يجوز (٦) الرّد مع ما ألذّ وأطرب .

وقد يتحرّر هذا الاستدلال قياسا ، فيقال : لأنه معنى لم يؤثّر في العين والقيمة : فوجب أن لا يمنع من الرّد كالخدمة .

ولأنّ وطء الأجنبي بالزنا كرها أغلظ من وطء المشترى بالملك طوعا ، فلمّا كان زنا الأجنبي بها لا يمنع من الرّد بالعيب ،فوطء المشترى أحرى أن لا يمنع من الرّد بالعيب .

وتحريره قياسا (٧) : أنه استمتاع لم يتضمّن إتلافا ، فوجب أن لا يمنع من الرّد بالعيب ،قياسا على الأجنبي .

ولأنها لو كانت ذات زوج لم يكن وطء الزوج مانعا للمشترى من الرّد ،فوطء المشترى أولى أن لا يمنعه من الرّد .

---

(١) جـ : " يسقط به الشبهة " وهو خطأ .
(٢) من ب ،جـ . وفي أ،د : "بهذا ".
(٣) جـ : تلذذ .
(٤) ب:والخدمة تكدّر وتتعب . جـ : " والخدمة تلذذ بنقص " وهو تصحيف .
(٥) جـ : فلمّا كان الرد .
(٦) جـ : " أن لا يجوز " وهوخطأ .
(٧) قياسا : ليس في ب ، جـ.

(وتحريره قياسا : أنه وطء لو كان حراما لم يمنع من الرّد ، فأولى إذا كان حلالا أن لا يمنع من الرّد)[1] ، كالزوج .

ولأنّ كل معنى لو حدث عند البائع بعد العقد وقبل القبض لم يثبت للمشترى الفسخ ، وجب إذا كان عند المشترى أن لا يمنعه من الرّد / كالقبلة . وقد ثبت أنها لو وطئت في يد البائع بشبهة لم يكن ذلك عيبا (يستحقّ به المشترى الفسخ . فكذلك إذا وطئها المشترى لم يكن ذلك[2] عيبا)[3] يمنعه من الرّد .

١١٤/ب

وأمّا الجواب عن قياسهم على وطء البكر ، فالمعنى فيه أنه نقص يوكس[4] من ثمنها ، وليس كذلك الثيّب .

وأمّا الجواب عن قولهم " إنّ الوطء كالجناية " فغلط من وجهين :

أحدهما : أنّ الجناية نقص يوكس من القيمة[5] ، وليس كذلك الوطء .

والثاني : أنّ الجناية لمّا لم يختلف حكمها في وجودها من المشترى وغيره في المنع من الرّد ، (واختلف عندهم وطء المشترى وغيره في المنع من الرّد)[6] ، دلّ على اختلاف حكمها . والله أعلم[7].

---

(١) ما بين القوسين ساقط من جـ ، وأثبته من باقي النسخ .

(٢) ذلك : أثبته من جـ ، وليس في باقي النسخ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . و أثبته من ب ، جـ .

(٤) جـ : أنه توكس .

(٥) ب : يوكس القيمة . جـ : تنقص بوكس القيمة " وهو خطأ .

(٦) ما بين القوسين تكرر في د .

(٧) جـ : والله تعالى أعلم .

- مسألـــــة -

قال الشافعي رحمه الله (١) : (وإن كانت بكرا (٢) ، فاقتضّها (٣) ، لم يكن له أن يردّها ناقصة ، كما لم يكن عليه أن يقبلها ناقصة ، ويرجع بما بين قيمتها معيبة وصحيحة من الثمن) (٤) .

وهذا كما قال . إذا كانت الجارية المبيعة (٥) بكرا فاقتضّها المشترى ، وأذهب بكارتها (٦) ، ثم وجدها معيبة ، فأراد ردّها ، لم يكن له ذلك (٧) ، لأنّ إذهاب البكارة نقص فيها من وجهين . أحدهما : في البدن . والثاني : في الثمن .

وإذا لم يكن له (الردّ ، كان له) (٨) الرجوع إلى الأرش (٩) ، ليصل (١٠) إلى بدل ما ظهر عليه من النقص . واعتبار الأرش : أن تقوّم

---

(١) ب ، د : رضي الله عنه ، جـ " الشافعي " فقط .

(٢) البِكْر : خلاف الثيّب رجلا كان أو امرأة ، وهو الذى لم يتزوّج . والجمع : أبكار ، مثل حمل وأحمال . انظر : المصباح ص ٥٩ .

(٣) اقتضّها : أزالت قِضّتها ، وهي البَكارة ، انظر : المصباح ص ٥٠٧ .

(٤) انظر : مختصر المزني ٢/١٨٧ - ١٨٨ .

(٥) من ب و هي ساقطة من د . وفي أ ، جـ : " المعيبة " .

(٦) البكارة : بفتح الباء ، عُذرة المرأة . انظر : المصباح ص ٥٩ .

(٧) وبه قال ابن سيرين ، والزهرى ، والثورى ، وأبو حنيفة ، واسحاق وهو أصحّ الروايتين عن أحمد .
وذهب فريق من العلماء إلى أنه يردّها ويردّ معها أرش البكارة . وبه قال شريح وسعيد بن المسيّب والنخعي والشعبي ، ومالك وابن أبي ليلى ، وأبو ثور ، راجع : المغنى لابن قدامة ٤/١١٢ ، وتكلمة السبكي ١٢/٢٢٨ .

(٨) ما بين القوسين ساقط من د .

(٩) ب ، جـ : بالأرش .

(١٠) ب ، جـ : ليصير .

الجارية وهي لا عيب بها ، في أقلّ حالتيها [١] قيمة [٢] ،من [٣] وقت العقد أو [٤] وقت القبض ،لأنه إن حدث بها بعد العقد وقبل القبض نقص كان مضمونا على البائع ،وإن حدثت [٥] زيادة كانت ملكا للمشترى . فلذلك وجب تقويمها في أقلّ الحالتين [٦] قيمة.

فاذا قيل : قيمتها في تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة دينار، قوّمت بكرا وبها ذلك العيب . فاذا قيل : قيمتها تسعون دينارا ، كان ما بين القيمتين من النقص عشرة دنانير وهي عشر القيمة ،فيرجع المشترى على البائع بعشر الثمن ،ولا يرجع بعشر القيمة لأمرين :

أحدهما : أنّ الثمن ربما زاد على القيمة أو نقص . فلو كان الأرش معتبرا من القيمة ، لكان ربما استوعب الثمن إن كان ناقصا ، أولم يؤثّر فيه إن كان زائدا .

والثاني : أنه لمّا كان جميع المبيع في مقابلة جميع الثمن ،وجب أن تكون أجزاؤه الناقصة في مقابلة أجزاء الثمن.

واذا كان ذلك [٧] كذلك ،نُظر قدر الثمن . فان كان خمسين دينارا رجع المشترى بعشرها ،وذلك خمسة دنانير. وان كان مائتي دينار رجع بعشرها ،وذلك عشرون دينارا. [٨]

---

(١) ب ،جـ : حالتها .

(٢) ب : "فيه" وهو خطأ .

(٣) من : ليس في جـ.

(٤) ب : الى .

(٥) د : "حدث" وهوخطأ .

(٦) ب : أقلّ الحالين ،جـ : أول الحالين " وهو تصحيف.

(٧) ذلك : ليس في ب ،جـ.

(٨) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ١/٢٩٢ ،والفتح ٨/٣٧٧ ،والروضة ٣/٤٩٠ ،والتكملة ١٢/٢٢٧ ،والمغنى ٢/٦٢، والنهاية ٤/٦٩ ،وشرح المحلى ٢/٢٠٨.

- فصـــل -

فاذا ثبت أنّ (١) اعتبار الأرش بما ذكرناه ، فكذلك في أرش كل عيب .

فلو امتنع البائع من دفع الأرش وقال : أنا استردّ الجارية ثيّبا ، كان له ذلك . وقيل للمشترى : لا أرش لك وأنت بالخيار بين الردّ / أو الإمساك بالعيب ، لأنّنا منعنا من الردّ على البائع لئلاّ (٢) يلحقه نقص وأوجبنا (٣) للمشترى الأرش ليستدرك به الغبن (٤) . فاذا رضي البائع بقبول العيب بطل الأرش ووجب (٥) الردّ إن شاء المشترى .

١١٥/أ

لكن (٦) لو استحقّ المشترى الردّ ، فبذل البائع الأرش ، لم يلزم المشترى قبوله ، وكان له الردّ . ولو طلب المشترى الأرش لم يلزم البائع بذله (٧) ، وكان للمشترى الامساك (٨) أو الردّ . ولو تراضيا جميعا على دفع الأرش بدلا من الردّ ، ففيه وجهان (٩) :

---

(١) أن : ليس في جـ .

(٢) ب : لأنّ لا .

(٣) د : "فأوجبنا" ولا يتحمّله السياق .

(٤) ب ، جـ : "العيب" وهو تصحيف .

(٥) أ : "فوجب" والمثبت من ب ، جـ وهو الأوفق .

(٦) ب ، جـ : ولكن .

(٧) انظر : الفتح ٣٤٩/٨ ، والتكملة ١٦٧/١٢ وعن أحمد أن للمشترى أخذ الأرش .

(٨) أى بجميع الثمن .

(٩) أنظر : الفتح ٣٤٩/٨ ونسب القول بالجواز إلى أبي حنيفة ومالك وابن سريج ، قال : وأظهرهما : المنع ، والروضة ٤٧٨/٣ .

أحدهما - وهوظاهر مذهب الشافعي رحمه الله - : أنه لا يجوز ؛ لأنّ ما استحق ردّه ثبت[1] فيه الخيار ،فلم[2] يجز أن ينتقل عنه إلى[3] الأرش ،لأنه إسقاط خيار بعوض ، كمالوأسقط خيار الثلاث ،وخيار الشفعة بعوض .

والوجه الثاني -وهو قول أبي العبّاس بن سريج :- أنه جائز؛ لأنّ العيب قد يوجب تارة الردّ ،وتارة الأرش . فلمّا جاز الردّ مع استحقاق الأرش اقتضى أن يجوز الأرش مع استحقاق الردّ ، ولا يشبه خيار الثلاث والشفعة ،لأنهما لا يرجعان الى بدل ، وهذا يرجع الى بدل .

فاذا قيل بجوازأخذ الأرش اعتبر على ما مضى . واذا قيل : أخذ الأرش لا يجوز ،فهل يسقط به خيار المشترى ؟ على وجهين[4] :

أحدهما : يسقط خياره ،لأنّ طلبه للأرش رضاء منه بالعيب.

والثاني : لا يسقط خياره ،لأنه إنما أمسكه عن الردّ لما ظنّه من حصول الأرش . فاذا لم يحصل له الأرش كان على حقه من الردّ .

---

(١) من ب ،جـ .وفي أ ،د : " وثبت " وهو خطأ .

(٢) من ب ،جـ.وفي أ ،د : "لم " وهوخطأ .

(٣) د : "عند " وهو خطأ .

(٤) والوجه الثاني هو الأصّح لدى الشافعية ،قال السبكي : وهو المذهب . ومحلّ الوجهين ما إذا كان يظنّ المشترى صحّة المصالحة ،أمّا إذا علم فسادها بطل حقّه بلا خلاف . انظر: الفتح ٣٤٩/٨ والروضة ٤٧٨/٣ والتكملة ١٦٩/١٢ .

- فصـــل -

فأمّا[1] إذا اشترى عبدا قد سرق وهوغير عالم بسرقته حتى قطعفيها يده[2]، فقال[3] أبو العبّاس بن سريج : له ردّه واسترجاع ثمنه.[4] وهوقول أبي حنيفة.[5]

وقال أبو يوسف ومحمّد : لا يردّه ويرجع بنقصان عيبه.[6]

وفي هذه المسألة عندى نظر ، ولقول أبي يوسف وجه.

---

(١) فـأما : ليس في جـ.

(٢) أ ،ب ،د : "في يده" ، جـ: "فيه يده" وما أثبته هو الصواب.

(٣) من ب. وفي باقي النسخ : قال.

(٤) هذا هو الوجه الأصحّ لدى جمهور الشافعية ،وبه قال أبواسحاق المروزى وابن الحدّاد. وفيه وجه آخر مثل قول أبي يوسف ومحمد ، قاله ابن أبي هريرة ،وحكاه الأكثرون عن ابن سريج واليه مال الماوردى ههنا ،ونسبه السبكي إلى الامام أحمد أيضا. وعُلّل للوجه الأوّل بأنه قطع استند الى سبب سابق ، فصار كما لوقطع بيد البائع. وعُلّل للثاني بأنّ القطع وجد في يد المشترى وضمانه ، فلم يردّ كمالولم يستند إلى سبب سابق.
انظر : المهذّب ١/ ٢٩١ ،والفتح ٨/ ٣٣٢ ،والروضة ٣/ ٤٦٥ والتكملة ١٢/ ١٣٢ ،والمنهاج مع المغني ٢/ ٥٢.

(٥) انظر في مذهبه : الهداية مع الفتح ٦/ ٣٩٢ ،وحكى عنه في الفتح رواية أخرى مفادها أنّ للمشترى الخيار : إمّا أن يمسك العبد المقطوع ويرجع بنصف الثمن ،وإمّا أن يردّه ويأخذ الثمن كله ،والتبيين مع حاشية الشلبي ٤/ ٤٢ ،والفتاوى الهندية ٣/ ٨٠.

(٦) وأرشه : أن يقوّم عبدا وجب عليه القطع ،وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن. راجع المراجع السابقة.

ولكن لو قطعت يده قَوَداً لم يكن له الرّد اتفاقا [(١)] ؛ لأنّ القود لا يتحتّم ويصحّ العفوعنه ، والقطع في السرقة لا يصحّ العفوعنه .

- فصـــل -

وإذا اشترى رجل من رجل عصيرا حلوا ، وكان معيبا ، فلم يعلم المشترى بعيبه حتى صار خمرا ، فللمشترى أن يرجع بأرش عيبه ، وليـــس له ردّ الخمر واسترجاع ثمنه ، سواء رضي البائع بقبوله خمرا أم لا ، لتحريـــم المعاوضة على الخمر .

فلو صار الخمر خلّا ، فقال البائع : أنا استرجع الخلّ وأردّ الثمن ، ولا أدفع الأرش ، كان له ذلك ، لأنّ الخلّ هو [(٢)] عين العصير ، وليس فيه معنى (يمنعه [(*)] من المعاوضة عليه [(٣)] ، / ولا للمشترى فيه عمل) [(٤)] ١١٥/ب يمنعه [(٥)] من الرّد خوفا من تفويت عمله عليه . وهذا من تفريع أبـــي العبّاس [(٦)] .

---

(١) قلت : ذكر الأصحاب فيه أيضا وجهين كالسرقة ، وهما روايتان عن الامام أحمد . انظر : مراجع الشافعية السابقة ، والمغنـــي لابن قدامة ١٢٩/٤ .

(٢) هو : أثبته من ب ، جـ وفي أ ، د : هي .

(*) ب : يمنع .

(٣) عليه : أثبته من ب ، وليس في سائر النسخ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من جـ .

(٥) ب ، جـ : يمنع .

(٦) انظر في الفصل : الفتح ٣٩٣/٨ ، والروضة ٤٩٦/٣ ، وتكملـــة السبكي ٢٤٨/١٢ وفيها : ويحتمل أن يكون ذلك على ماخرّجه ابن سريج من وجوب الأرش إذا باع المبيع أو وهبه . أمّا إذا قلنا بالمذهب ، وهو أنه لا يجب الأرش في ذلك لعدم اليأس فالرجوع بالأرش في حالة كونه خمرا ينبغي أن يمتنع الآن ، لاحتمال أن يعود خلّا .

- فصـــــل -

وإذا اشترى نصراني من نصراني خمرا (١) ،ثم أسلما ،فوجـــد المشترى بالخمر عيبا ينقص العشر (٢) من ثمنه. قال أبو العبّاس : للمشترى أن يرجع على البائع بأرش عيبه ، وهوعشر الثمن ،ولا يـبطـل ذلك بإسلامهما. وهو قول محمّد بن الحسن. (٣)

فان قال البائع : أنا آخذ الخمر وأردّ الثمن ،لم يكن ذلك له. فان لم يرجع المشترى بنقصان العيب حتى صار الخمر خلّا في يد المشترى ، فقال البائع : أنا آخذ الخلّ وأردّ الثمن ،كان ذلك له.

ولو كان المشترى وقف على عيب الخمر قبل إسلامهما ،فلم يردّه بالعيب حتى أسلما ،لم يكن للمشترى بعد إسلامه الردّ ،ولا الرجوع بالأرش، أمّا الردّ فلحدوث الإسلام ،وأما الأرش فلإمكان الردّ قبل الاسلام.

فلو كان قد أسلم البائع وحده بعد تبايع الخمر لم يجز للمشترى ردّه عليه بالعيب . (ولو كان المشترى قد أسلم وحده جاز أن يردّه بالعيب) (٤)؛ لأنّ استرجاع (٥) البائع تملّك للخمر ،والمسلم لا يجوز أن يتملّك الخمر. وردّ المشترى إزالة للملك ،والمسلم يجوز أن يزيل تملّكه عن الخمر. (٦)

---

(١) جـ: "خمرا من نصراني" بالتقديم والتأخير.

(٢) جـ : عشرا.

(٣) انظر قوله في الجامع الكبير ص ٢١٧.

(٤) مابين القوسين ساقط من أ ،د، وأثبته من ب ،جـ.

(٥) جـ : "لاسترجاع" وهو خطأ.

(٦) انظر في الفصل : الفتح ٣٩٣/٨ ،والروضة ٤٩٦/٣ ،وتكملة السبكي ٢٤٨/١٢.

- فصـــــل -

وإذا اشترى شاة فذبحها ،ثم وجد بها بعد الذبح عيبا ، فله الرجوع بأرشها . فان رضي البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشترى ، لامكان الردّ . ولا أجرة على البائع للذبح ،إن ردّت عليه ،لأنّ الذبح أثر ، وهو نقص.(١)

ولو كان المبيع ثوبا قد خاطه المشترى استحقّ أرشه بالعيب، وإن(٢) رضي البائع بقبوله (أن بذل الأجرة قبل أن يرجع به(٣)) مخيطا ؛ لأنّ في الخياطة عينا قائمة ، وأثرا زائدا.(٤)

ولكن لو كان المبيع غزلا فنسجه المشترى ،ثم وجد به عيبا ،كان له الرجوع بأرشه . فان رضي البائع بقبوله منسوجا بعيبه ، ففيه قولان(٥) حكاهما ابن سريج :

أحدهما : أنّ للمشترى الخيار : إن شاء ردّه منسوجا ولا أجرة له على البائع ،وإن شاء أمسكه معيبا ،لأنّ النساجة أثر لا عين.

والقول الثاني : أنّ البائع إن بذل أجرة النسج كان له استرجاع الغزل منسوجا ،فان أبى لزمه الأرش ،لأنّ النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض.

---

(١) ذكره السبكي في تكملته ٢٤٧/١٢ نقلا عن الماوردى .

(٢) د : "فان" وكذا في التكملة.

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب ، جـ.

(٤) راجع تكملة السبكي ٢٤٧/١٢ - ٢٤٨ وذكره نقلا عن الماوردى وفيها : "فان رضي البائع بقبوله أن بذل الأجرة فله أن يرجع به مخيطا ،لأن في الخياطة عيبا زائدا ".

(٥) ذكرهما السبكي في تكملته (١٩٧/١٢) نقلا عن الماوردى ،

===

- فصل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، وأخذ بالمائة ثوبا ، ثم وجد بالعبد عيبا ، فردّه به ،[1] كان له أن يرجع على البائع بالمائة ، ولا يرجع عليه بالثوب ، لأنّ الرّد بالعيب يوجب الرجوع بالثمن ، والثمن هو المائة دون الثوب .[2]

ولكن لو بان[3] العبد حرّا أو مغصوبا / رجع بالثوب دون المائة ، لفساد العقد وبطلان الثمن ، فكان[4] له الرجوع بما دفع . ١١٦/أ

ولو مات العبد في يد البائع قبل قبضه منه انفسخ البيع . قال أبو العبّاس : وللمشترى أن يرجع بالمائة دون الثوب[5] ، لأنّ الفسخ بتلف المبيع قبل القبض قطع للعقد ، وليس هو برافع له[6] من أصله ، بخلاف الغصب.[7]

=== ثم قال : (قال الروياني: وهذا - أى القول الثاني - أصحّ عندى ولا يجوز غيره . قال المحاملي : وفي هذا نظر ، وإنّ خيار البائع إنما يترتّب على إمساك المشترى وطلب الأرش . فكيف يجعل قولا ثانيا . بل يتحرّر الجواب في المسألة بأن نقول : المشترى بالخيار بين الرّد ولا أجرة له ، وبين الإمساك وأخذ الأرش . فان اختار الإمساك ، كان للبائع دفع أجرة النسج والرّد . فان اختار ذلك أجبر المشترى ، وإن لم يختر أجبر البائع على دفع الأرش) .

(١) به : ليس في جـ .

(٢) هذا هو مذهب جمهور الشافعية . وقال القاضي أبو الطيّب إنه يرجع بالثوب ، لأنه إنما ملكه بالثمن . فاذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمّة المشترى فينفسخ بيع الثوب به . انظر الفتح ٣٩٢/٨ ، والروضة ٤٩٦/٣ ، والتكملة ٣٠٨/١٢ ، أسنى المطالب ٧٧/٢ : بناء على أنّ الفسخ يرفع العقد من حينه ، ولأنّ الثوب مملوك بعقد آخر ، وحاشية الجمل ١٣٦/٢ .

(٣) جـ : " لو كان " د : " لو باع " وكلاهما تصحيف.

(٤) جـ : " وكان " ويأباه السياق.

(٥) هذا على الصحيح . وفي وجه : يرجع بالثوب بناء على أنّ الفسخ رافع للعقد من أصله .

(٦) جـ : هو له برافع .

(٧) جـ : " العيب " وهو تصحيف.

- مسألــة -

قال الشافعي رحمه الله (١) : (ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية (٢) عيبا ،فأراد أحدهما الرّد والآخر الإمساك ،فذلك لهما ،لأنّ موجودا (٣) في شراء الاثنين أنّ كل واحد منهما مشتر للنصف بنصف الثمن .) (٤)

وهذا صحيح . إذا اشترى رجلان سلعة من رجل في صفقة واحدة ، ثم وجدا بها عيبا ، فان ردّاها معا كان ذلك لهما ،وإن أمسكاها معا كان ذلك لهما ،وإن أراد أحدهما ردّ حصّته ،وأراد الآخر إساك حصّته جاز (٥) . وهو قول أبي يوسف و محمّد . (٦)

---

(١) ب : " الشافعي " فقط . د : " الشافعي رضي الله عنه ".

(٢) بجارية : ليست في جـ .

(٣) وهكذا في ب ،د ،م.وفي جـ: "لأنه موجود " وفي التكملة نقل نصّه من المختصر بلفظ : " لأنّ المعهود ".

(٤) انظر : مختصر المزني ٢/١٨٨-٢٨٩.

(٥) وهو أصحّ قولي الشافعي المنقول عن نصّه في كتبه الجديدة. ومعظم كتبه القديمة ،وبه جزم الشيرازى في التنبيه . راجع : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ١/٢٩١ ،والفتح ٨/٣٦٧ ،والروضة ٣/٤٨٧ ،والتكملة ١٢/١٨٣ ،وفيها : " وبه قال أحمد ،ومالك في رواية ،وأبو يوسف ،و محمّد وابن أبي ليلى . ومنه أخذ : "الصفقة تتعدّد بتعدّد المشترى ".

(٦) انظر في مذهبهما : المبسوط ١٣/٥٠ ،والبدائع ٧/٣٣٤١ ، والهداية مع الفتح ٦/ ٣٣١ ،والتبيين ٤/ ٢٢ ،والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٤/٥٨٧.

وقال أبوحنيفة (١) رحمه الله (٢) : لا يجوز لأحدهما الردّ حتى يردّا معا ،أو يمسكا معا (٣) . وقد رواه أبو ثور عن الشافعي (٤) احتجاجا بأنّ المبيع خرج عن يد بائعه صفقة ،فلم يجز تبعيضها عليه بردّ بعض الصفقة ،كالمشترى الواحد .

قال : ولأنّ المشتريين من الرجل الواحد يجرى على ابتياعهما حكم العقد الواحد . ولا يجوز لأحدهما قبول العقد دون الآخر ،بدليل أنه بدل واحد تضمّنه (٥) ثمن واحد ،كما لو كان لمشتر واحد . (٦)

والدلالة عليه من وجهين . أحدهما : جواز ردّ أحد المشتريين . والثاني : أنه في حكم العقدين. (٧)

فأمّا الدليل على جواز ردّ أحد المشتريين فهو أنه ردّ بالعيب جميع ما لزمه ثمنه بالعقد ، فجاز له (٨) الردّ ،كالمشترى الواحد .

وأمّا الدليل على أنه في حكم العقدين فهو أنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عاقدان ،فوجب أن يكون في حكم العقدين ،كالمشترى الواحد من بائعين .

---

(١) المراجع السابقة .
(٢) رحمه الله : ليس في ب ،جـ ،د .
(٣) أويمسكا معا : ساقط من د .
(٤) انظر : مراجع الشافعية السابقة . ونقل السبكي في التكملة عن أبي داود بأنه مرجوع عنه .
(٥) د : "يضمنه" وب : غير منقوط .
(٦) جـ : المشترى واحدا .
(٧) د : " العقد" وهوخطأ .
(٨) جـ : فهو لما انفرد بالعيب جميع ما توجّه ثمنه بالعقد كان له .

ولأنهما لو اشتريا شقصا تجب فيه الشفعة لكان للشفيع أن يأخذ حصّة [1] أيّهما شاء . ولو كان صفقة واحدة لم يجز.

وإن [2] تصارفا من رجل ،فقبض أحدهما قبل الافتراق (*) ،ولم يقبض الآخر ،جازت في حصّة من قبض ،وبطلت في حصّة من لم يقبض . ولو كانت صفقة واحدة لبطل [3] جميعها . فدلّ على أنهما صفقتان.

وكان [4] لأحدهما القبول دون الآخر .

وأمّا الجواب عن قوله : "أن فيه تفريقا للصفقة على بائعه [5] كالمشترى الواحد ". فهو [6] أنّ البائع فرّق [7] صفقة نفسه بالبيع على اثنين ،ولم يفرّقها بالبيع على واحد [8] . على أنّ أبا حنيفة [9] يقول / ١١٦/ب في المشترى الواحد إذا وجد بأحد العبدين عيبا أنّ له ردّ المعيب منهما [10] دون السليم. وفيه تفريق لصفقة واحدة ،فأولى أن يقول بمثله في مسألتنا .

وأمّا الجواب عن قوله : " إنه في حكم العقد الواحد ، لأنّ الثمن فيه واحد ". فهوأنّ الثمن إذا قابل جنسا واحدا كان الثمن مقسّطا [11]

---

(١) حصّة : أثبتها من ب ،جـ. وهي ساقطة من أ ،د .

(٢) ب ،جـ : ولو . (*) أ د : " قبل الآخر " والتصويب من ب ج .

(٣) أ ،د : "لبطلت " والمثبت من ب ،جـ.

(٤) ب ،جـ : وجاز .

(٥) ب : "لصفقة بائعه " د : "للصفقة بائعه ".

(٦) فهو : أثبته من ب ،جـ ،وهوساقط من أ ،د .

(٧) فرّق : ساقط من جـ.

(٨) على واحد : ليس في جـ.

(٩) أنظر : المبسوط ١٣/ ٧٥ والبدائع ٧/ ٣٣٥١ ،والهداية مع الفتح ٣٨٧/٦ ،والتبيين ٤/ ٤١ ،والدرّ المختار معردّ المحتار ٥/ ٣٨ .

(١٠) د : "فيهما " وهوتصحيف.

(١١) جـ : "مسقطا " وهو خطأ .

على أجزائه ،فجرى عليه حكم التبعيض وإن كان جملة ، واذا قابل أعيانـــا مختلفة كان حكمه بخلافه. فلو كان لأنّ الثمن واحد يقتضي أن يكـــون في حكم العقد الواحد ،لوجب[1] إذا ابتاع رجلان عبدين من رجـــل واحد بألف على أنّ كل واحد منهما مشتر لأحد العبدين ـ أن يصحّ ، كما لو اشتراهما رجل واحد ، فلمّا بطل بالجهل[2] بثمن كل واحـد مـــن العبدين ،ولم يبطل إذا اشتراهما رجل واحد ،دلّ على أنّ ابتياع الإثنين في حكم العقدين وإن كان بثمن واحد.

- فصـــل -

فاذا ثبت أنّ لأحد المشتريين[3] الردّ ،فردّ أحدهما واسترجع ما دفع ،ففيه وجهان:[4]

أصحّهما : أنّ الشركة بين المشتريين قد بطلت بالردّ ،فيكـــون للممسك نصف العبد ،وللرادّ نصف الثمن.

---

(١) جـ : " الواجب " وهو خطأ.

(٢) من ب ،جـ ، وفي أ ،د : " في الجهل " وهو خطأ.

(٣) جـ : لأحد الشريكين.

(٤) أنظر : الفتح ٣٦٧/٨ ،والروضة ٤٨٧/٣ ،والتكملة ١٨٥/١٢ وقال السبكي بعد أن نقل الوجهين عن الماوردى : " والوجه الثاني بعيد جدا . وكيف يقال: إنّ نصف العبد الذى أمسكه الممســك يكون بينه وبين الرادّ ،والرادّ لم يبق على ملكه شيئا ؟ وكيف يقال : إنّ نصف الثمن الذى استرجعه الرادّ يأخذ الممسك نصفه ، وهو لم يردّ شيئا ؟
ثم بعد أن ذكر تعليل الماوردى لهذا القول ،ردّ عليه قائلا : " وهذا توجيه ضعيف ،لأنّ ذلك إنما يكون في المعيّن لا فـــي المشاع ، فان النصف المشاع مختصّ بالرادّ قطعا ".

والوجه الثاني : أن الشركة بينهما على حالها ؛لأنه لم يكن بينهما قسمة . فعلى هذا نصف العبد بينهما ،ونصف الثمن المسترجع بينهما .

- فصل -(١)

فأمّا إذا اشترى رجل عبدا من رجلين ،فوجد به عيبا ،كان له أن يردّ جميع العبد عليهما . وله أن يمسكه ،ولا يردّ شيئا منه على واحد منهما . وله أن يردّ نصفه على أحدهما ،ويمسك النصف الآخر(٢) . وهذا يوافق عليه أبو(٣) حنيفة .(٤)

- فصل -

ولو اشترى رجلان عبدا من رجلين ،فلكلّ واحد من المشتريين أن يردّ ربع العبد على كل واحد من البائعين ؛لأنّ هذه الصفقة حكمها حكم العقود الأربعة.(٥)

---

(١) هذا الفصل ساقط بكامله من د .

(٢) أنظر : الفتح ٨/٣٦٦ ،والروضة ٣/٤٨٧ ،والتكملة ١٢/١٨٧ وفيها : " قاله القاضي حسين وغيره ،فان الصفقة تتعدّد بتعدد البائع قطعا " .

(٣) أ : " علة أبي " والمثبت من ب ،جـ .

(٤) انظر : التكملة ١٢/١٨٧ . قلت : وبه قال المالكية : الخرشي ٥/١٤٩ ،والحنابلة : المغني لابن قدامة ٤/١٢٢ وفيه : " ولا يحصل بردّه تشقيص ،لأنّ المبيع كان مشقّصا قبل البيع " وكشّاف القناع ٣/٢١٣ وفيه : "لأنّ عقد الواحد مع اثنين عقدان فكأنّ كل واحد منهما باع نصيبه مفردا ".

(٥) انظر : التكملة ١٢/١٨٧ وفيها : قاله القاضي حسين وغيره .

وكذا لو اشترى ثلاثة أنفس عبدا من ثلاثة أنفس ،كان لكل واحد من الثلاثة أن يردّ تسع العبد على كل واحد من الباعة الثلاثة ؛ لأنّ هذه الصفقة حكمها حكم العقود التسعة.[(١)]

- فصل -

ولو أنّ رجلين وكّل أحدهما صاحبه في ابتياع عبد بينه وبينه ، فابتاع الوكيل[(٢)] عبدا بينه وبين موكّله صفقة واحدة ، ثم وجدا به عيبا ، لم يكن لأحدهما الردّ دون الآخر ؛لأنّ المشترى واحد ،والبائع واحد ،فكانت[(٣)] الصفقة في حكم العقد الواحد ،فلم يجز تبعيضها.[(٤)]

- فصل -

ولو كان عبد بين رجلين ،فوكّل أحدهما صاحبه في بيعه ، فباع الوكيل جميع العبد[(٥)] على رجل صفقة واحدة[(٦)] ، / نصفه ١١٧/أ

---

(١) أنظر : الفتح ٢٦٩/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ،والتكملة ١٨٧/١٢ نقله عن الماوردى .

(٢) د : فابتاع الرجل .

(٣) ب : " وكانت " وهو خطأ .

(٤) قلت : هذا مبني على الوجه القائل - وهو الأصحّ عند الأكثرين - بأنّ الاعتبار في تعدّد الصفقة بالعاقد . وأمّا على قول أبي زيد - وهو الأصح في الوجيز - بأنّ الاعتبار بالمعقود له ،فيجوز لكلّ واحد منهما إفراد نصيبه بالردّ . وفرّق القفّال بين علم البائع وجهله فقال : إن علم البائع أنه يشترى لهما جاز لأحدهما إفراد نصيبه بالردّ ، لرضى البائع بالتبعيض . وان جهل فلا ، لأنه لم يرض هنا بالتبعيض . راجع : التكملة ١٨٨/١٢ وما بعدها .

(٥) ج : جميعه .

(٦) واحدة : أثبتها من ب ،وليست في باقي النسخ .

بحقّ الملك ، ونصفه بحقّ الوكالة . ثم إنّ المشترى وجد بالعبد عيبا ، ففيه وجهان (١) :

أحدهما : أنّ حكم هذه الصفقة حكم العقد الواحد ; لأنّ البائع فيها واحد والمشترى واحد ،فعلى هذا يكون المشترى بالخيار بين أن يردّ جميعه بالعيب ،أو يمسك جميعه .

والوجه الثاني : أنّ هذه الصفقة في حكم العقدين ،وللمشترى أن يردّ إحدى الحصّتين ،لأنّ كلّ واحد من البائعين قد كان له شريك في العبد ، فلا فرق بين أن يكون شريكه الذى باعه معه (٢) ، وبين أن يكون شريكه المشترى . وهذا مخالف لما ذكرناه من توكيل أحد المشتريين لصاحبه من هذا الوجه .

- فصل -

ولو أنّ رجلا اشترى نصف عبد في عقد ،ثم اشترى باقيه في عقد آخر ، ثم وجد به عيبا . فان كان حدوث/ هذا العيب بعد العقد الأوّل ،وقبل العقد الثاني ،فله أن يردّ الحصّة الثانية بالعيب دون الحصّة الأولى .

وإن كان متقدّما قبل العقد الأوّل ،فالمشترى مخيّر بين أن يردّ العبد كله بالعقدين (وبين أن يمسكه كله بالعقدين) (٣) ،وبين أن

---

(١) قلت : وهما مبنيّان على الاختلاف المتقدّم ،وهو هل تتعدّد الصفقة بتعدّد العاقد ،أم بتعدّد المعقود له؟ والأوّل أصحّ . قال السبكي في تكملته ١٢/ ١٩٠ : "وحكى الماوردى الوجهين هنا مع قطعه بالمنع في التوكيل بالشراء ،وهو يقتضي طريقة بأنّ العبرة في جانب الشراء بالعاقد ،وفي جانب البيع وجهان".

(٢) ب : " باع منه " وهوتصحيف ،د : "باع معه".

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

يردّ الحصّة الأولى دون الثانية ، وبين أن يردّ الحصّة الثانية دون الأولى.(١)

- فصـــل -

ولو أنّ رجلا ابتاع(٢) عبدا ، ثم مات وخلّف ابنين(٣) ، فوجدا بالعبد عيبا ، فأمسك أحدهما وأراد الآخر الردّ ، فالبائع بالخيار بين أن يسترجع نصفه بنصف الثمن ، وبين أن يعطى(٤) نصف الأرش ، ولا يجبر(٥) الذى يريد الردّ على إسقاط حقه.(٦)

- فصـــل -

ولو أنّ رجلا اشترى عبدا صفقة من رجل واحد ، ثم وجد به عيبا ، فأراد ردّ بعضه لم يجز(٧) ، لما فيه من تفريق الصفقة . وكان بالخيار بين أن يمسكه كلّه أو يردّه كله.

---

(١) انظر : الفتح ٢٦٩/٨ ، والروضة ٤٨٨/٣ ، وفيهما : " ولو علم بالعيب بعد العقد الأوّل ، ولم يمكنه الردّ فاشترى الباقي ، فليس له ردّ الباقي ، وله ردّ الأوّل عند الإمكان " ، والتكملة ١٨٨/١٢ وفيها : " جاز له ردّ أحد النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف ، لتعدّد الصفقة".

(٢) جـ : اشترى .

(٣) ب : " اثنين " وهو خطأ.

(٤) ب ، جـ : بنصف الثمن أو يعطى .

(٥) هكذا في أ ، ب ، د . وفي جـ : " ولا جبر " وفي التكملة نقل نصه بلفظ: " ويخيّر ".

(٦) انظر : الفتح ٣٦٦/٨ ، والروضة ٤٨٧/٣ ، وذكرا فيه وجهين أصحّهما - وهو قول ابن الحدّاد - أنه لا ينفرد أحدهما بالردّ ؛ لأنّ الصفقة وقعت متحدة . والثاني : ينفرد أحدهما بردّ حصّته ؛ لأنه ردّ جميع ما ملك . والحلية للروياني ٧٤/ألف وجزم بالوجه الأوّل . والتكملة ١٧٣/١٢ وقد حكى ثلاثة أوجه ، وجعل قول الماوردى وجها ثالثا .

(٧) لا خلاف في أنّ المبيع إذا كان عينا واحدة في صفقة واحدة ،
===

ولو اشترى عبدين صفقة من رجل ، ثم وجد بأحدهما عيبا . فان ردّهما معا كان له ذلك. وإن أراد ردّ السليم دون المعيب لم يجز .(١)

وإن أراد ردّ المعيب دون السليم . فان رضي به البائع جاز . وإن لم يرض به البائع ففيه قولان (٢) من تفريق الصفقة :

أحدهما : يجوز إذا قيل (٣) بجواز تفريق الصفقة. وهذا قول أبي حنيفة .(٤)

=== وبقي كله في ملك المشترى ، فلا يجوز له ردّ بعضه بدون رضي البائع . فان رضي جاز على أصحّ الوجهين . وأمّا إذا زال بعض المبيع عن ملكه ، فقد حكى الشيخ أبو على في ردّ الباقي طريقين : أحدهما : أنه على قولين بناء على تفريق الصفقة. وأصحّهما : القطع بالمنع كما لو كان كله قائما في ملكه.

انظر : المهذّب ١/ ٢٩١ ، وقد جزم بالمنع ولم يتعرّض للخلاف والفتح ٨/ ٣٦٥ ، والروضة ٣/ ٤٧٦ ، والتكملة ١٢/ ١٧٠.

(١) وحكى السبكي عن ابن الرفعة : أنه لا خلاف فيه ، لأنه إنما يجوز تبعا وقد فقدت التبعية . انظر : التكملة ١٢/ ١٧٦.

(٢) انظر : المهذّب ١/ ٢٩١ ، والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٨/ ٢٤٢ ، والتكملة ١٢/ ١٧٣ ، والمنهاج والمغني ٢/ ٦٠ . قلت : وعن أحمد روايتان كالقولين : المغني لابن قدامة ٤/ ١٢١. وفرّق مالك فقال : ينظر في المعيب ، فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء ردّ الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة ردّه بقيمته انظر : بداية المجتهد ٢/ ١٤٩.

(٣) د : إذا قلنا .

(٤) قلت : فصّل الإمام أبو حنيفة فقال : إن وجد العيب قبل القبض ردّهما ، وليس له ردّ المعيب خاصّة . وإن وجده بعد القبض جاز له ردّ المعيب خاصّة بحصّته من الثمن. انظر : المبسوط : ١٣/ ٧٥ ، والبدائع ٧/ ٣٣٤٩ ، والتبيين ٤/ ٤١ ، والهداية مع الفتح ٦/ ٣٨٦ ، والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٥/ ٣٨.

والثاني - وهو أصحّ - : أنه لا يجوز إذا قيل : إنه لا يجوز تفريق الصفقة .

ثم إذا قلنا بجوازه ،فاختلفا في حصّة المعيب المردود من الثمن - وكان السليم معدوما - ، ففيه قولان [1] :

أحدهما - وهو الصحيح المنصوص عليه في اختلاف العراقيين [2] - : أنّ القول قول البائع ؛لأنه قد ملك جميع الثمن بالعقد ،فلم يسترجع منه إلّا ما اعترف به .

والثاني - ذكره / في كتاب الصرف - [3] : أنّ القول قول المشترى ١١٧/ب لأنه غارم [4] ، فأمّا التحالف فلا يجب [5] في هذا الموضع ،لاتفاقهما على أصل العقد [6] .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله [7] : (ولو اشتراها جَعْدَة ،فوجدها سَبْطَة ، فله الردّ .) [8]

---

(١) انظر : الإبانة للفوراني ١١٧/ب ،والمهذّب ٣٠٢/١ ،والتكملة ١٧٨/١٢ : " الأظهر عند القاضي أبي الطّيب والرافعي والمصنف - أى الشيرازى - أنّ القول قول البائع مع يمينه " .

(٢) انظر : الأمّ ٦٣/٣ ،٩٠/٧ .

(٣) أنظر : كتاب الصرف من الأم ٣٠/٣ .

(٤) ولأنّ المبيع تلف في يده ، فأشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل إهلاك في يده . التكملة ١٧٨/١٢ .

(٥) جـ : فلا يجوز .

(٦) د : بزيادة : والله أعلم .

(٧) ب ،د : رضي الله عنه .

(٨) أنظر : مختصر المزني ١٨٩/٢ .

وهذا كما قال . إذا اشترى جارية جعدة الشعر (١) ،فبان أنها سبطة الشعر (٢) ،فلا يخلو من أحد أمرين : إمّا أن يرى شعرها عند الابتياع أو لا يراه . فان رأى شعرها عند عقد البيع وكان جعدا ، صحّ البيع . وإن بان الشعر سبطا (٣) ،وأنّ (٤) تجعيده كان مزوّرا فهذا عيب وله الخيار ،سواء شرط في البيع أنها جعدة أو لم يشرط (٥) ،لأنّ رؤيتها جعدة (٦) تغني عن اشتراطها أنها جعدة.(٧)

وقال أبوحنيفة (٨) : ليس هذا بعيب ولا خيار له ، سواء شرط

---

(١) جَعُد : الشعر بضم العين وكسرها جعودة : إذا كان فيه التواء وتقبّض ، فهو "جَعْد" وذلك خلاف المسترسل ،وامرأة جَعْدَةٌ، وقوم جِعَادٌ " وجعّدتُ الشعر تجعيدا . انظر : المصباح ص١٠٢.

(٢) سبِطَ : الشعر سَبَطا من باب تعب ، فهو "سَبِط" بكسر الباء، وربما قيل "سَبَط" بالفتح ،وصف بالمصدر ، إذا كان مسترسلا . وسَبُط سُبوطة ،فهو سبْط ،مثل سهُل سُهولة فهو سَهْل لغة فيه . انظر : المصباح ص٢٦٣.

(٣) من ب ،ج وفي أ ،د : "بان أنّ الشعر سبطا " وهو خطأ .

(٤) في أ : "أو أنّ " والمثبت من باقي النسخ .

(٥) هكذا في أ ،وفي باقي النسخ : أو لم يشترط .

(٦) من ب ،ج . وفي أ ،د : "زيادة " وهوخطأ .

(٧) أنظر : المهذّب ٢٩٠/١ ،والتنبيه ص ٦٦ ،والفتح ٣٣٧/٨ والروضة ٤٥٨/٣، ٤٦٩ ،والتكلمة ٩٦/١٢ وفيها :" إنّ الأصحاب اتفقوا على ثبوت الخيار قياسا على المصرّاة " قلت : وبه قال الحنابلة : المغني لابن قدامة ١٠٨/٤.

(٨) أنظر : المغني لابن قدامة ١٠٨/٤ (ولم أجده في كتب مذهبه).

أو لم يشرط ،لأنّ عدم التجعيد لا يسلب منفعة ،ولا ينقص قيمة.

وهذا خطأ ، بل ذلك [1] نقص ،لأنّ جعودة [2] الشعر دليل على قوّة الجسم ،وفقده دليل على ضعف الجسم. ولأنه أحسن في النظر ،وأزيد في الثمن. [3]

فأمّا إن ابتاعها ولم ير شعرها ،ففي بطلان البيع وجهان : [4]

أحدهما : أنه [5] باطل ،وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، [6] لعدم الرؤية فيما ليس بعورة كسائر الجسد .

والوجه الثاني : أنه جائز ،وهو أصحّ ،لأنّ الشعر تبع ،فلم يكن فقد رؤيته مبطلا للبيع .

فعلى هذا إن لم يشرط على البائع أنها جعدة الشعر فلا خيار له ؛ لأنّ فقد الرؤية وعدم الشرط يمنعان من الردّ فيما ليس بنقص عن حال السلامة ،وإن كان وجوده زيادة ،كما لو اشترى عبدا يظنّه [7] كاتبا ، فكان غير كاتب ،لم يكن له الردّ .

ولكن لو شرط [8] أنها جعدة كان له الردّ ،لأجل الشرط ،

---

(١) ب ،جـ : بل فقده.

(٢) ب ،جـ : تجعيد .

(٣) د : في العين .

(٤) وأصحّهما عند جمهور الشافعية هو الوجه الأول . أنظر : الفتح ١٥٣/٨ ،والروضة ٣٧٢/٣ ،والتكملة ٩٦/١٢ .

(٥) أنه : أثبته من د ،وليس في باقي النسخ .

(٦) ب ،جـ : قول ابن أبي هريرة.

(٧) من جـ . وفي باقي النسخ : "فظنّه" ويأباه السياق.

(٨) ب : "ولو شرط" بدون لكن.

كما لو اشترى عبدا على أنه كاتب ،فبان غير كاتب ،كان له الرّد ،لأجل الشرط ،وإن كان لو لم يشرط أنه كاتب لم يستحق الرّد .

- فصل -

ولو اشترى جارية على أنها سبطة ،فكانت جعدة ،ففي استحقاق الرّد وجهان :(١)

أحدهما - وهو قول أبي العبّاس بن سريج - : ليس له الرّد ؛ لأنّ تجعيد الشعر زيادة ،واشتراط المشترى(٢) أن يكون سبطا إنما هو لطلب الرخص ،أو لسوء الاختيار.(٣)

والوجه الثاني : أنّ له الرّد لفقد الشرط ،واختلاف الأغراض.(٤)

- فصل -(٥)

ولو اشترى جارية على أنها بكر ،فكانت ثيّبا (فله الرّد(٦) .

---

(١) والوجه الأول هو الأصّح عند الأصحاب ،وبه جزم بعضهم . انظر: المهذّب ٢٩٠/١ ،والفتح ٣٢٦/٨ ،والروضة ٤٥٨/٣ ،والتكملة ٩٩/١٢ ومابعدها . ونقل عن البحر للروياني : " قال بعض أصحابنا بخراسان : يثبت الخيار وجها واحدا لأجل التصريح وقيل : فيه وجهان ". قال السبكي :" فحصل في كل من المسألتين (اى الاشتراط بالسبوطة ،أو التدليس بها) طريقان . الصحيح فيهما إجراء الوجهين . وقيل : في مسألة الشرط يثبت قطعا . وقيل : في مسألة التدليس لا يثبت قطعا ".

(٢) د : " واشترط للمشترى " ج: " واشترط المشترى " وكلاهما خطأ .

(٣) من ب ،ج . وفي أ ،د : " أويسر الاختيار " وهو تصحيف .

(٤) قالوا : ولأنه قد تكون السبطة أحبّ إليه وأحسن عنده . قال الشيرازى : وهذا لا يصحّ ؛لأنه لا اعتبار به ،وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن والجعدة أكثر ثمنا من السبطة . انظر: المهذّب ٢٩٠/١ .

(٥) ب : بدون " فصل ".

(٦) انظر : الفتح ٣٢٥/٨ ،والروضة ٤٥٨/٣ ،والتكملة ٣٣٣/١٢ .

ولو اشتراها يظنّها بكرا ،فكانت[1] (ثيّبا)[2] ،فليس له الردّ ،لأنّ الثيّب سليمة[3] ،والبكارة زيادة .

ولو اشتراها على أنها ثيّب ،فكانت بكرا ،ففي استحقاق الردّ وجهان[4] ،أحدهما : لا يردّ ،لأنّ البكارة زيادة . والثاني : له الردّ ،لأجل الشرط واختلاف الأغراض[5] . /　　١١٨/أ

ولكن لو اشترى جارية ،فكان[6] شعرها أبيض ، كان له الردّ ، وإن لم يشترط سواد الشعر ،لأنّ بياض الشعر نقص . ولو اشتراها على أنّ شعرها أبيض ،فكان أسود ،كان في الردّ وجهان .

- فصل -

إذا اشترى أمة فكانت[7] زانية ،أو بفيها بخر[8] ، فهذا

---

(١) ب : وكانت .

(٢) ما بين القوسين ساقط من أ ،د . وأثبته من ب ،جـ .

(٣) جـ : سليم .

(٤) والوجه الأوّل هو الأصحّ عند الأصحاب . انظر : التنبيه ص ٦٦ ،والمهذّب ١/ ٢٩٤ ،والفتح ٨ / ٣٢٦ ،والروضة٣/ ٤٥٨ ، والتكملة ١٢/ ٣٣٣ .

(٥) قالوا : ولأنه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر ،فكانت الثيّب أحبّ اليه . قال الشيرازي : والمذهب الأوّل ،لأنه لا اعتبار بما عنده ،وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ،والبكر أفضل من الثيّب في الثمن . انظر : المهذّب ١/ ٢٩٤ .

(٦) ب ،جـ : وكان .

(٧) د : وكانت .

(٨) البخر : بفتحتين ،نتن الفم ،وبابه طرب ، فهو أبخر . انظر : المختار ص ٤٢ .

عيب[١] ، وله فيها الردّ ؛ لأنّ الزنا يفسد النسب ، ويوجب الحدّ ، وبخر الفم يمنع من الاستمتاع ، ويوكس الثمن.

ولو اشترى عبداً فكان زانياً ، أو في فمه بخر ، كان عيباً وله الردّ.[٢]

وقال أبو حنيفة :[٣] الزنا وبخر الفم ليس بعيب في العبد وإن كان عيباً في الأمة ؛ لأنّ مقصود العبد[٤] هو العمل ، والزنا والبخر لا يؤثّران في عمله.

وهذا خطأ ؛ لأنّ ما كان عيباً في الأمة كان عيباً في العبد كالمسرقة[٥]. ولأنّ زنا العبد يوجب عليه الحدّ فربما أتلفه ، وبخر فمه يمنع من مقاربته ، ويؤذى عند مجالسته.

---

(١) ب : فهذان عيب . ج : فهذان عيبان.

(٢) انظر : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذّب ١/٢٩٣ ، والفتح ٨/٣٢٧ ، والروضة ٣/٤٥٩ ، والتكملة ١٢/٣١٤ ، والمنهاج والمغني ٢/٥٠ قلت : وبه قال مالك : القوانين ص ٢٩٣ ، وأحمد : المغني لابن قدامة ٤/١١٦.

(٣) انظر : المبسوط ١٣/١٠٦ ، والبدائع ٧/٣٢١٩ وفيها : "وقال بعض مشائخنا ببلخ : الزنا يكون عيباً في الغلام أيضاً ، لأنه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم . وهذا ليس بسديد ؛ لأنّ الغلام الكبير لا يشترى للاستخدام في البيت ، بل للأعمال الخارجة " والهداية مع الفتح ٦/٢٦٠ وذكرا أن البخر ليس بعيب في الغلام إلّا أن يكون من داء ، لأنه عيب ، وقال قاضيخان إلّا أن يكون فاحشاً لا يكون مثله في عامّة الناس " والزنا ليس بعيب في الغلام إلّا أن يكون عادة له ، لأنّ اتباعهن يخلّ بالخدمة " والتبيين ٤/٣٢ ، والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٥/١١.

(٤) ج : لأنّ مقصوده .

(٥) كالسرقة : أثبتها من ب ، ج . وليست في أ ، د .

ولكن لو اشترى عبدا أو أمة فكانت ولد زنا لم يكن ذلك عيبا يوجب الرّد[١]، لأنّ أكثر الرقيق أولاد زنا[٢]، وليس لذلك تأثير في أثمانهم[٣].

- فصل -

واذا اشترى جارية فوجدها تحسن الغناء، وتضرب بالعود[٤] أو تنفخ بالمزمار[٥]، لم يكن عيبا ولا ردّ له[٦].

وقال مالك[٧]: هذا عيب وله الرّد، لأنّ ذلك يخلقها، ويدلّ على قلة صيانتها.

وهذا خطأ، لأنّ الغناء صنعة تزيد في ثمنها، والمبتغى من الرقيق توفير الأثمان. فان كره ذلك منها أمكنه أن يكفّها ويمنعها منه[٨].

---

(١) قلت: وعند الحنفية ذلك عيب في الجارية دون الغلام. انظر: مراجعهم السابقة.

(٢) ب، جـ: زنيّة.

(٣) انظر: الفتح ٣٢٩/٨ والروضة ٤٦٢/٣.

(٤) العُود: ذو الأوتار الأربعة الذى يضرب به. انظر: لسان العرب ٣١٩/٣.

(٥) ب، جـ: " في المزمار" قلت: المزمار: هو الآلة التي يزمر بها. وجمعه: مزامير. انظر: لسان العرب ٣٢٧/٤ (زمر).

(٦) انظر: المهذّب ٢٩٣/١، والفتح ٣٢٩/٨، والروضة ٤٦٢/٣، والتكملة ٣٢٢/١٢ وفيها: " هذا هو المشهور ونقل الهروى في الإشراف في المغنّية اختلاف الحموى وغيره من أصحابنا ". قلت: وعند الحنابلة أيضا الغناء ليس بعيب: المغني لابن قدامة ١١٧/٤. وعند الحنفية هو عيب في الجارية التي تتخذ أم ولد. الفتاوى الهندية ٦٧/٣.

(٧) أنظر: الخرشي ١٢٦/٥ ومنح الجليل ٦٣٢/٢، وحاشية الدسوقي ٩٧/٣.

(٨) ب: بزيادة: والله أعلم.

- فصـــــل -

وإذا اشترى عبدا فبان أنه قد[1] بيع في جناية[2] جناها، لم تخل الجناية التي بيع فيها من أن تكون عمدا أو خطأ.

فان كانت خطأ لم تخل من أحد أمرين: إمّا أن تتكرر[3] منه كثيرا (أم لا، فان كانت تتكرّر منه كثيرا)[4]، فهذا عيب يوجب الردّ، وإن كانت مرّة واحدة لم تتكرّر منه[5]، فليس[6] بعيب، ولا ردّ له، لأنّ النادر من جنايات الخطأ لا يخلو منه في الغالب أحد.

وإن كانت الجناية عمدا، فان لم يكن العبد قد تاب منها، فهذا عيب وله الردّ. وإن كان العبد قد تاب منها، فهل يكون ذلك بعد توبته عيبا يوجب الردّ ؟ على وجهين:

أحدهما: لايوجب الردّ، لأنّ التوبة قد رفعت ذنبه.

والثاني: له الردّ، لأنّ التوبة ترفع الاثم، ولا ترفع النقص.[7]

---

(١) قد: ليس في جـ.

(٢) الجناية في الأصل عامّ في كل المعاصي، ولكن في ألسنة الفقهاء يراد بها القصاص في النفوس والأطراف. انظر: أنيس الفقهاء ص ٢٩١.

(٣) جـ: "أن يندر" وهو خطأ.

(٤) ما بين القوسين ساقط من د.

(٥) منه: ليس في جـ.

(٦) جـ: فهذا ليس.

(٧) قلت: وكل هذا الكلام مبنيّ على القول بجواز بيع العبد الجاني وفيه قولان. وفي موضع القولين ثلاث طرق لدى الشافعية. راجع المهذّب ١/٢٩٤، والتنبيه ص ٦٣، والفتح ٨/٣٣، والروضة ٣/٤٦٢، والتكملة ١٢/٣٤٤ ومابعدها.

- فصـــــل -

وإذا اشترى عبدا فكان آبقا فله الرّد . ولكن إن أبق من يد المشترى فلا مخاصمة له مع البائع حتى يحضر العبد . سواء علم تقدّم إباقه أولم يعلم.(١)

وقال مالك(٢) : له مخاصمة البائع إذا علم تقدّم إباقه وإن لم يحضر . وهذا / خطأ ،لأنّ حال الآبق يتردّد بين البقاء والتلف . ١١٨/ب فان كان باقيا استحقّ الرّد واسترجاع الثمن . وإن كان تالفا استحقّ أخذ الأرش . وما جهل استحقاقه لم تصحّ المطالبة به.

- فصـــــل -

ولو(٣) اشترى عبدا فكان(٤) يبول إذا نام كان عيبـــا يوجب الرّد(٥) . فلولم يعلم بحاله حتى كبر العبد لم يكن له الرّد ،

---

(١) قلت : ونسبه السبكي إلى سفيان الثورى أيضا . ونقل عن المحاملي بأنه لا خلاف فيه بين أصحاب الشافعي . ثم نقل عن صاحـــب التتمّة وجها بانّ له أخذ الأرش ولولم يحضر العبد . راجـــع المهذّب ٢٩٣/١ ،والفتح ٣٤٦/٨ ،والروضة ٤٧٦/٣ ،وذكرا وجهين في أخذ الأرش ،والتكلة ٢٩٠/١٢ ومابعدها .

(٢) انظر: الخرشي ١٤٥/٥ ،والتكلة ٢٩٢/١٢ . قلت : وهومذهب الحنابلة أيضا : المغني لابن قدامة ١٢٤/٤.

(٣) ب : " وإن " د : "وإذا ".

(٤) ب : وكان.

(٥) قلت : البول في الفراش عيب في العبيد والإماء في الكبر . وأمّا في الصغر فلا . وقدّره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ، ولم يضبطه أكثرهم ،بل تركوه على العرف . انظر : المهذّب ٢٩٣/١ ،

===

ورجع بالارش ،لأنّ علاجه بعد الكبر عسر[1] ،فصار كبره عنده كالعيب الحادث في يده.[2]

ولو كان العبد غير مختون[3] ،فان كان العبد صغيرا فلا ردّ له ؛ لأنّ فقد الختانة[4] في الصغر ليس[5] نقصا ،لأنها غالب أحوال الصغار. وان[6] كان العبد كبيرا كان عيبا يوجب الردّ ،لأنّ فقد الختانة فيه نقص، وعليه فيها خطر.[7]

- فصــــل -

ولو اشترى عبدا فكان رطب الكلام[8] ، أو غليظ الصوت ، أو

=== والفتح ٨/ ٣٣٧ ،والروضة ٣/ ٤٦٠ ،والتكملة ١٢/ ٣٢١ ، والمغني ٢/ ٥٠ وفيه : " ومحلّ الردّ إذا كان يبول عند البائع وظهر أمره عند المشترى ،أمّا لو كان يبول عند البائع ثم لم يبل عند المشترى فلا ردّ له ،لأنه تبيّن أنّ العيب قد زال قبل البيع".

(١) جـ : عسير.

(٢) أنظر : التكملة ١٢/ ٣٢١ ،والمغني ٢/ ٥٠ وفيه : " قاله الماوردى والروياني " .

(٣) جـ : "غير مجنون " وهو خطأ.

(٤) جـ : الجناية ،وهوخطأ.

(٥) ب ،جـ : ليست.

(٦) ب : فان.

(٧) ب : " فيها وكس " راجع في المسألة : المهذّب ١/ ٢٩٣ ، والفتح ٨/ ٣٢٩ ،والروضة ٣/ ٤٦٢ ،والتكملة ١٢/ ٣٢٢ وفيها : " وضبط الروياني الصغر هنا بسبع سنين فما دونها . وفيه وجه أنّ ذلك لا يكون نقصا في العبد الكبير أيضا .وفيه وجه ثالث - حكاه الروياني وقطع به المتولي- : إن كان الكبير من قوم لا يختتنون فلا خيار. وحكيا في الجارية وجهين. "

(٨) يقال رطب فلان بذكره : إذا تكلم بما عنده أو بما عنّ له من الصواب والخطأ . انظر : المعجم الوسيط ١/ ٣٥٢.

ثقيل النفس ،أو بطيء الحركة ،أو كثير النهم[١] ،أو فاسد الرأى ،أو قليل الأدب ،فلا ردّ له بهذا كله ،لسلامة بدنه وصحّة جسمه.

ولكن لو كان به بله[٢] ،أو خبل[٣] ، أو عته[٤] ثبت[٥] ، أو كان مؤنّثا[٦] ، أو خنثى[٧] مشكلا[٨] ،أو غير مشكل[٩] ،أو في كفه إصبع[١٠] زائدة أو ناقصة، أو به برص[١١] ، أو حتّى كبد ،

---

(١) النَّهَمُ بفتحتين ،إفراط الشهوة في الطعام ،انظر المختار ص٦٨٣.

(٢) بله بلها : من باب تعب ،ضعف عقله ،فهو أبله ،والأنثى بلهاء انظر: المصباح ص ٦١.

(٣) الخَبْل : بسكون الباء ،الجنون وشبهه كالهوج والبله . والخَبَل بفتحها أيضا الجنون . انظر : المصباح ص١٦٣.

(٤) عته عتها : من باب تعب نقص عقله من غير جنون أو دهش ، فهو معتوه . وفي التهذيب : المعتوه : المدهوش من غير مسّ أو جنون . انظر : المصباح ص٣٩٢ ،وتهذيب الأسماء ٥/٤ قلت في ب د : "أو عنّة " .

(٥) ب : "أو سدر" ج : " أو سرد " وهما خطأ.

(٦) المؤنّث : ذكر في خلق أنثى . انظر : لسان العرب ١١٢/٢ مادة "أنث " .

(٧) الخنثى : هو الذى خلق له فرج الرجل وفرج المرأة . فان اتضح أمره من الذكورة أو الأنوثة بعلامة قطعيّة كالولادة أو ظنيّة كالميل ،أم باخباره ،فهو الواضح ،وإلّا فهو المشكل . راجع : المصباح ص١٨٣ ،ومغني المحتاج ٢٠٣/٣، وتحفة المحتاج ٣٤٨/٧.

(٨) أ ، د : "مشكل " والتصويب من ب ،جـ.

(٩) غير مشكل : أثبتها من ب ،جـ،وليست في أ ،د .

(١٠) من ب ،جـ . وفي أ ،د : إصبعا .

(١١) من ب ،جـ . وفي أ ،د : مرض . وهوتصحيف .

أو نغخة طحال ،أو كان يشرب الخمر أو يقذف المحصنات ،أو يدع الصلوات[١]؛ أو كان أصمّ ،أو أخشم،[٢] أو أخرس ،أو أرتّ[٣] لا يفهم ،أو في فمه سن زائدة أو مقلوعة فكل هذه[٤] عيوب توجب الردّ ،لأنها - وما أوجب الحدّ - نقص في بدنه .

وكذلك لو اشترى عبدا فكان ذا زوجة ،أو أمة فكانت ذات زوج[٥] ،كان له الردّ ،لأنّ زوجة العبد تستحقّ من كسبه النفقة ، وزوج الأمة يمنع من استمتاع المشترى بها.[٦]

وكذلك لو كانت الأمة في عدّة[٧] ،أو محرمة[٨] ،كان له الردّ .

---

(١) وفي وجه ضعيف : لا ردّ بالشرب وترك الصلاة . انظر: التكملة ١٢/٣١٧.

(٢) أخشم : هو الذى في أنفه داء لا يشمّ شيئا . انظر:المصباح ص ١٧٠. (أو أخشم : ليس في أ د . وأثبته من ب ج .)

(٣) الأرَتّ : بفتح الراء وتشديد التاء هو الذى في كلامه عجمة ، وقيل : هو الذى يدغم في غير موضع الادغام . انظر : المصباح ص ٢١٨ ،والمختار ص ٢٣٢.

(٤) ج : " فهذه كلها ".

(٥) د : "ذا زوج "وهو خطأ.

(٦) واضافةالى ذلك فالزوج يستحقّ تسليمها في بعض الأوقات ، فيفوت على السيّد منفعتها في ذلك الوقت . انظر : تكملةالسبكي ١٢/٣٢٥.

(٧) وقد فصّل السبكي في المعتدّة فقال : إن كان قد بقي من العدّة زمن يسير لا يكون عيبا ويكون ذلك بمنزلة ما إذا كان العيب يسيرا يمكن البائع إزالته عن قرب ،وقد قالوا فيه : إنه لا خيار للمشترى . وإن كان كثيرا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار . انظر: تكملته ١٢/٣١٨.

(٨) فصّل السبكي في الإحرام أيضا فقال : إن كان قد بقي زمن يسير

===

ولو كانت صائمة لم يكن له الردّ (١) ،لأنّ الخروج منها قريب.

ولكن لو كانت أخته من الرضاع (٢) لم يكن له الردّ ،لأنها وان حرمت عليه فقد تحلّ لغيره ،فخالفت المعتدّة التي تحرم عليه وعلى غيره . ولو كانت أخته من النسب فلا ردّ له كأخته من الرضاع لما ذكرناه.

ولو كانت من والدته أو مولودته (*) عتقت (٣) ،ولا ردّ له ولا أرش ؛ لأنّ العيب (٤) هو النقص المختصّ بالمعقود عليه دون العاقد . وتحقّق هذا المعنى (٥) في العاقد ،فلم يكن عيبا .

ولواشترى عبدا فكان في ذمّته ديون عن معاملة فلا ردّ له . وقال العراقيون : له الردّ (٦) . وليس بصحيح ،لأنّ ديونه في ذمّته لا يلزم أداؤها إلاّ بعد عتقه . (٧)

=== كطواف ،أو حلق ،أو رمي في آخر الأيّام ،لا يكون له الخيار. وإلاّ كان له الخيار إذا لم يمكن التحليل . أنظر : المرجع السابق.

(١) وفي وجه ضعيف : له الردّ . انظر الفتح ٨/٣٣٠ ،والروضة ٣/٤٦٢.

(٢) جـ : الرضاعة. (*) من جـ . في أ ب د : " والديه أو مولوديه".

(٣) د : " عيبت " وهو تصحيف.

(٤) جـ : " لأنّ الارش " وهو خطأ .

(٥) ب ،جـ : "وعتق هذه لمعنى ".

(٦) قلت : لا يثبت له الخيار عند الشافعي وأحمد . وعند مالك يثبت. وقال أبوحنيفة : البيع باطل بناء على أصله في تعلّق الدين برقبته . انظر رحمة الأمة ص ١٤١.

(٧) انظر في تفريعات هذا الفصل : الفتح ٨/٣٢٨ ،والروضة ٣/٤٦٠، والتكملة ١٢/٣١٦ ومابعدها ، والمغني ٢/٥٠ ،والنهاية ٤/٢٩ ،وقليوبي مع المحلى ٢/١٩٨.

- فصـــل -

وإذا اشترى عبدا أودارا (١) / ، ثم علم أنّ البائع لها وكيل، (٢) أ/١١٩ أوأمين حاكم، أو وصيّ ميّت، أو أب يلي على مال ابنه، ففي الردّ بهذه الأسباب وجهان: (٣)

أحدهما: لا ردّ، لجواز بيوعهم (*)، وصحّة عقودهم.

والثاني: له الردّ لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك. (٤)

- مسألة -

قال الشافعي (٥): (ولو كان باعها أو بعضها، ثم علم بالعيب، لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء، ولا في (٦) قيمة العيب، وإنما له (٧) قيمة العيب إذا فاتت (٨) بموت أو عتق، أو حدث بها عنده (٩) عيب (١٠) لا يرضى البائع أن يردّه به (١١) إليه (١٢)) (١٣)

---

(١) ب: ولو اشترى دارا أو عبدا.

(٢) جـ: "وكيلا" وهو خطأ.

(٣) انظر: الفتح ٨/٣٣٠، والروضة ٣/٤٦٢ وفيها: "الأصحّ أنه لا ردّ." (*) من ب جـ د. وفي أ: "تبرعهم" وهو تصحيف.

(٤) أي ضمان الدرك وتقدّم في ص "٤٦٥" وفي ب: "استحقاق الردّ، والله أعلم".

(٥) ب، د: الشافعي رضي الله عنه.

(٦) ب، جـ، م: ولا من.

(٧) جـ: وإنما كان له.

(٨) من جـ، م. وفي أ: "تلفت" ب: "كانت" د: "تلف".

(٩) بها عنده: أثبته من م، وليس في النسخ.

(١٠) عيب: ليس في ب، جـ.

(١١) م: أن يردّ به.

(١٢) إليه: ليس في ب، د.

(١٣) انظر: مختصر المزني ٢/١٨٩.

وهذا كما قال . إذا باع المشترى السلعة وقد كان بها عيب متقدّم قبل الشراء ـ لم يخل حاله من أحد أمرين : إمّا أن يكون قد علم بالعيب قبل بيعها ، أو لم يعلم . فان علم بالعيب قبل بيعه فقد سقط حقّ المشترى من العيب سقوطا مستقرّا ،فلا ردّ له ولا أرش ،سواء عادت السلعة إليه أم لا ،لأنّ بيعها بعد علمه بعيبها رضاء منه به.(١)

وإن لم يعلم بالعيب قبل بيعه فقد ذهب عبيد الله بن الحسن وابن أبي ليلى (٢) إلى أنّ للمشترى الرجوع بالأرش على البائع ،ليستدرك به نقص الظلامة.

وقال الشافعي وسائر الفقهاء (٣) : لا أرش في الحال ولا ردّ . لكن اختلف أصحابنا في العلّة المانعة من استحقاق الأرش . فقال أبو اسحاق المروزى (٤) : العلّة فيه أنّ المشترى قد استدرك ظلامة العيب بما حصل له من سلامة العوض .

---

(١) وذكر أبو الخطّاب عن أحمد في رجوع بائع المعيب بالأرش روايتين ، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب ،وجهله به . انظر : المغني لابن قدامة ١٢٠/٤.

(٢) نسبه إليهما السبكي في تكلمته ٢٩٣/١٢ قال :"وهو الأصحّ عند المالكيّة ،والقول الثاني للشافعي، وهو من ترجيح ابن سريج". قلت : وبه قال الإمام أحمد كما في المغني لابن قدامة ١٢٠/٤.

(٣) قلت : هذا هو أشهر قولي الشافعي ،وبه جزم كثيرون من أصحابه : تكلمة السبكي ٢٩٣/١٢ ،وبه قال الحنفيّة : الهداية مع الفتح ٣٦٧/٦ ،والمالكيّة في المشهور عنهم : القوانين ص ٢٩٢ ،وهو رواية عن أحمد أيضا . المغني لابن قدامة ١٢٠/٤.

(٤) وقاله ابن الحدّاد أيضا . انظر : الفتح ٣٤٣/٨ ،والروضة ٤٧٣/٣ والتكملة ٢٩٢/١٢ ونسبه ابن الصبّاغ إلى غيرهما أيضا .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : العلّة فيه إمكان الرّد بالرجوع إليه.[١] وكلا[٢] العلّتين حجّة على عبيدالله بن الحسن[٣] وابن أبي ليلى .

فاذا ثبت أن لا أرش له[٤] ، نظر في المشترى الثاني ،فان وقف على العيب ورضى به فقد استقرّ سقوط الأرش والرّد . وإن ردّه به كان للمشترى الأوّل حينئذ أن يردّه به على العلّتين معا ؛لأنه لم يسلم له استدراك الظلامة بحصول العوض على تعليل أبي اسحاق ،وقد أمكنه الرّد على تعليل أبى على .

ولكن لو عادت السلعة إلى المشترى بميراث ،أو هبة ،أوابتياع ، كان في استحقاق ردّه بالعيب وجهان[٥] من اختلاف العلّتين :

أحدهما : لا ردّ له . وهو قول أبي اسحاق ،لاستدراك الظلامة بحصول العوض السليم.

والثاني : له الرّد . وهو قول أبي علي ،لامكان الرّد برجوعها الى يده.[٦]

---

(١) وهو الأصّح ،ونصّ عليه الشافعي في اختلاف العراقيين . انظر: المراجع السابقة.

(٢) في جميع النسخ " وكلى " وهو خطأ.

(٣) ب ،جـ : "عبيدالله". فقط .

(٤) له : أثبته من ب ،جـ . وليس في أ ،د .

(٥) انظر : الفتح ٣٤٢/٨.

(٦) راجع -إضافة إلى المراجع السابقة -: المهذّب ٢٩٣/١ ، والتنبيه ص ٦٦ ،والمنهاج والمغني ٥٦/٢ ،والنهاية ٤٥/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٢/٢.

- فصـــل -

فأمّا إذا باع بعض السلعة (١) ،ثم علم بعيبها ،فما باعه فلا أرش له (٢) فيه ،للعلّتين الماضيتين . وأمّا الباقي فان قيل بجواز تفريق الصفقة فله ردّ ما بقي واسترجاع (٣) حصّته من الثمن ،والتوقف عن المبيع (٤) ،لينظر ما يؤول إليه حاله . / وإن (٥) قيل : إنّ ١١٩/ب تفريق الصفقة لا يجوز ، فلا حقّ له في ردّه ،لما فيه من تفريق الصفقة على بائعه . وفي جواز الرجوع بأرشه وجهان (٦):

أحدهما : له الأرش ،وهو (٧) مقتضى تعليل أبي اسحاق ،لأنه ما استدرك (٨) ظلامته فيه .

والثاني : لا أرش له ،وهومقتضى تعليل أبي على ،لأنّ ردّ الكلّ برجوع المبيع ممكن .

فعلى هذا إن عاد اليه ما باعه ردّ الكل . وإن فات ردّ المبيع بالتلف رجع بأرش ما لم يبع دون ما باع ،إلّا أن يكون المشترى منه قد

---

(١) د : نصف السلعة .

(٢) له : ساقط من د .

(٣) من ب ،جـ . وفي أ ،د : باسترجاع .

(٤) ب : "البيع" وهوتصحيف.

(٥) في النسخ :" فان " وهوخطأ ،والصواب ما أثبته .

(٦) قال السبكي : والأول أصحّ عند صاحب التهذيب . وظاهر نصّه ـ أى الشافعي ـ في المختصر ،وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثاني . وهوالصحيح الذى صرّح به كثيرون . قال : وفي وجه ثالث : يرجع بجميع الأرش ،وهوضعيف . انظر : تكملته ١٢/٣٠٥ .

(٧) د : وهي .

(٨) د : لا يستدرك .

رجع عليه (١) بأرشه بعد تلفه ،فيستحقّ الرجوع بأرش الجميع.

وعلى الوجه الأوّل إذا حكم له بأرش ما بقي ،فردّ عليه المشترى منه ما باعه (٢) ،فصار الجميع في يده ، قيل له : قد سقط حقك من ردّ ما لم تبع ؛لأنّك أخذت أرشه . وللبائع أن يمنعك من ردّ ما بعت؛ لأنّك تفرّق صفقته . ولك أن تأخذ أرشه إلّا أن يرضى البائع بتفريق صفقته فيقبله (٣) ،ويمنعك من أرشه . فهذا الكلام في المبيع إذا خرج عن ملك المشترى ببيع. (٤)

- فصل -

فأمّا إن وهبه ،ثم علم عيبه ،فقد اختلف قول الشافعي في الهبة هل يستحقّ عليها المكافأة ؟ (٥)

فأحد القولين : أنّ المكافأة عليها واجبة ،فعلى هذا لا أرش له على العلّتين معا كالمبيع ؛لأنّه قد يستدرك ظلامته بالمكافأة ،ولأنّ ردّه/ بالعود إليه ممكن . (٦)

---

(١) جـ : قد دفع اليه .

(٢) ب ،جـ : ما ابتاعه .

(٣) جـ : فيثبت له .

(٤) ببيع : ساقط من جـ .

(٥) قال النووى في روضته ٥/ ٣٨٥ : " إن وهب الأعلى للأدنى فلا ثواب ،وفي عكسه قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا ثواب . والثاني : يجب الثواب . وأمّا إذا وهب لنظيره فالمذهب القطع بأن لا ثواب . وقيل : فيه القولان . وعن صاحب التقريب طرد القولين في هبة الأعلى للأدنى ،وهو شاذّ " وراجع أيضا : المهذّب ١/ ٤٥٤ ، والمنهاج مع المغني ٢/ ٤٠٤ .

(٦) جـ : " ولأنّ ردّ ماله ردّ إليه ممكن " وهو خطأ .

والقول الثاني : أنّ المكافأة عليها غير واجبة . فعلى هذا في رجوعه بالأرش وجهان :[1]

أحدهما - وهو مقتضى تعليل أبي اسحاق - : له الرجوع بالأرش ؛ لأنه لم يستدرك ظلامته بالعوض .

والوجه الثاني - وهو مقتضى تعليل أبي علي -: لا رجوع له بالأرش ؛ لأنّ ردّه بالعود إليه ممكن .

فأمّا إن وقفه ، أو أعتقه ، فله الرجوع بالأرش على العلّتين معاً.[2]

ولكن لو كاتبه ثم علم عيبه لم يستحقّ الأرش[3] على العلتين معاً لينظر ما يؤول[4] إليه حال كتابته ؛ لأنه قد يستدرك ظلامته بعوض الكتابة ، ولأنّ ردّه بالعجز عنها ممكن . ولو دبّره ، أو أعتقه بصفة كان له ردّه ، لبقائه على ملكه وامكان ردّه .[5]

---

(١) انظر : المهذّب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٤٣/٨ والروضة ٣٧٣/٣ ، وتكملة السبكي ٣٠٢/١٢ .

(٢) انظر : المهذّب ٢٩٣/١ ، والفتح ٣٤٢/٨ ، والروضة ٤٧٢/٣ ، وتكملة السبكي ٢٨٧/١٢ .

(٣) وحكى السبكي في تكملته ٢٤١/١٢ في الكتابة أربع طرق . قال : أصحّها : أنها كالرهن ، فلا يفسخ في الحال ، ولا يجب الأرش على الأصحّ ، وهي طريقة الرافعي . والثاني : أنه لا يرجع بالأرش في الحال قطعا ، وهي طريقة الماوردى . والثالث : القطع بوجوب الأرش ، وهي طريقة صاحب التتمّة . والرابع : أنه يفسخ وهو ما أشعر به كلام القاضي حسين . وراجع أيضا : الفتح ٣٤٦/٨ ، والروضة ٤٧٦/٣ .

(٤) ب : في ما يؤول .

(٥) انظر : تكملة السبكي ٢٤١/١٢ .

ولو كانت[1] أمة فأولدها ،رجع بأرشها لفوات ردّها[2].

فأمّا إن رهنه ،أو أجره ،فعلى وجهين :[3]

أحدهما : لا أرش له ،وهو مقتضى تعليل أبي علي لامكان الردّ ،ويوقف لينظر ما يؤول إليه حاله.

والوجه الثاني - وهو مقتضى تعليل أبي اسحاق - : له الخيار في أن يتعجّل الأرش ،لأنه لم يستدرك[4] ظلامته بالمعاوضة عليه.[5] ويسقط حقّه في الردّ[6] من بعد ،أو يتوقّف[7] ،لينظر ما يؤول اليه حاله.[8]

- مسألة -

قال الشافعي / رحمه الله[9] : (فان حدث عنده عيب، ١٢٠/أ كان له قيمة العيب الأوّل ،إلّا أن يرضى[10] البائع أن يقبلها ناقصة ،

---

(١) جـ ،د : "ولو كاتب" وهو تصحيف.

(٢) انظر: الفتح ٣٤٢/٨ ،والروضة ٤٧٢/٣ ،والتكملة ٢٨٩/١٢.

(٣) انظر : الفتح ٣٤٦/٨ ،والروضة ٤٧٦/٣ وفصّلا في الإيجار فقالا : وإن آجره ولم نجوّز بيع المستأجر فهو كالرهن . وان جوّزناه فان رضي البائع به مسلوب المنفعة مدّة الإجارة ،ردّ عليه ، والّا تعذّر الردّ . وفي الأرش وجهان.

(٤) د: لا يستدرك .

(٥) جـ : "بالعوض" ويدون "عليه".

(٦) جـ : من الردّ .

(٧) جـ : أو يوقف .

(٨) د : بزيادة "والله أعلم".

(٩) ب ،د : "رضي الله عنه" جـ : "الشافعي" فقط.

(١٠) جـ : أن أرضى .

فيكون ذلك له ،إلّا أن يشاء[(١)] المشترى حبسها[(٢)] ، فلا يرجع بشيء)[(٣)].

وهذا كما قال. إذا اشترى سلعة ،فحدث عنده بها عيب، ثم وجد بها عيبا متقدّما لم يكن له ردّها بالعيب المتقدّم[(٤)] ، وكان له أن يرجع بأرشه ، إلّا أن يرضى البائع أن يقبلها معيبة ،فله ذلك ، ولا يلزمه دفع الأرش ،إلّا أن يرضى المشترى بعيبها ، فيمسكها ولا يرجع بأرشها.[(٥)]

وقال أبو ثور[(٦)] - وحكاه عن الشافعي في القديم - : أنّ للمشترى أن يردّ السلعة بالعيب المتقدّم ،وعليه أن يردّ معها أرش العيب الحادث.

وقال مالك:[(٧)] إن كان البائع دلّس العيب على المشترى ،

---

(١) جـ ،م : إلّا إن شاء.

(٢) د : بعيبها.

(٣) أنظر : مختصر المزني ١٩٠/٢.

(٤) قلت : وهو مذهب الحنفية أيضا. انظر : الهداية مع الفتح ٣٦٥/٦ ،والتبيين ٣٤/٤ ،ورواية عن أحمد ،وبه قال الثوري ، وابن شبرمة ،وابن سيرين ،والزهري ،والشعبي : المغني لابن قدامة ١١٢/٤.

(٥) أنظر : المهذّب ٢٩٢/١ والتنبيه ص ٦٦ ، والفتح ٣٥٠/٨ ، والروضة ٤٨٠/٣ والتكملة ٢٢٨/١٢ - ٢٣٦.

(٦) أنظر : التكملة ٢٢٨/١٢. قلت : وهو رواية ثانية عن أحمد ، وبه قال إسحاق ،والنخعي وحمّاد بن أبي سليمان. انظر : المغني لابن قدامة ١١٣/٤ ونسبه إلى مالك أيضا.

(٧) أنظر في مذهبه : المدوّنة ٣٠٠/٤،والقوانين ص ٢٩٢ ،وبداية المجتهد ١٥١/٢ ،والخرشي ١٤٢/٥، ومواهب الجليل مع المواق ٤٤٩/٤.

كان للمشترى أن يردّها بذلك العيب ،ولا يلزمه أرش العيب الحادث.[١]

(وان لم يكن البائع دلّس العيب على المشترى ، فللمشترى أن يردّ ،وعليه أرش العيب الحادث)[٢] . استدلالاً بأنّ لكل واحد منهما ظلامة يستحقّ استدراكها ،فللمشترى أن يستدرك ظلامة العيب المتقدّم بالردّ ، وللبائع أن يستدرك ظلامة العيب الحادث بالامتناع . فلمّا لم يمكن[٣] استدراك الظلامتين وجب تقديم المشترى بها على البائع ، لأمرين :

أحدهما : أنه لم يكن منه تدليس ،وقد كان من البائع تدليس.

والثاني : أنه استحدث ملكه بالمعاوضة على حال السلامة ، والبائع متقدّم الملك عن حال[٤] المعاوضة. ولأنه لمّا جاز في المصرّاة أن يردّ مع حدوث النقص فيها بالحلاب ،إذا ردّ معها الصاع الذى هو أرش النقص ،لم يكن حدوث العيب في يد المشترى مانعا من الردّ بما تقدّم[٥] من العيب .

---

(١) وذلك بشرط أن يكون العيب الذى حدث عنده غير مفسد ،مثل الحمّى ،والرمد ،وما أشبه ذلك. فأمّا إن كان مفسدا مثل القطع والعور والشلل ،والعمى ،وشبه ذلك فيكون المشترى مخيّرا عند مالك بين أن يردّ العبد ويغرم بقدر ما أصابه عنده ،وبين أن يحبس العبد، وأخذ من البائع أرش العيب ،إلّا أن يقول البائع : أنا أقبله بالعيب الحادث و أردّ الثمن كله ، فيكون ذلك له. انظر : المدوّنة ٤/٣٠٠.

(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

(٣) د : "لم يكن" وهو خطأ .

(٤) د : على حال.

(٥) ج : "بما نقص" ويأباه السياق .

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه : هو أنّ العيب الحادث في يد المشتري قد يكون تارة عن جناية منه ،وتارة عن حادث[1] نزل به . فلمّا[2] لم يردّ المشتري مع العيب الحادث عن جنايته ، لم يردّ مع العيب الحادث بغير جنايته[3] ، لحدوث النقص به[4] في الحالين[5] . ولأنه لمّا لم يلزمه أن يقبله معيبا لأجل الضرر الداخل عليه ، (لم يلزم البائع أن يسترجعه معيبا لأجل الضرر الداخل عليه)[6] ؛ لأنّ لكلّ واحد منهما حقا في دفع الضرر عن نفسه .

وأمّا الجواب عن استدلالهم بتقديم المشتري لأجل أنّ البائع مدلّس وأنّ المشتري معاوض . فهو أنّ تدليس البائع لا يوجب عليه ضمان ما لم يدلّسه ،والعيب الحادث ليس من تدليسه ، فلم يكن من ضمانه . / ومعاوضة المشتري لا تدفع عنه ضمان ما نقص في يده ، ١٢٠/ب كما لا تدفع عنه ضمان ما نقص بجنايته .

وأمّا الجواب عن المصرّاة ،فهو أنّ نقص التصرية حدث لاستعلام العيب ،فلم يمنع من الردّ بالعيب ، وخالف ما سواه .

- فصل -

إذا اشترى جارية حائلا فحملت عنده ،ثم وجد بها عيبا متقدّما ،

---

(١) ب ،جـ : لحادث.

(٢) ب : فاذا .

(٣) ب ،جـ : جناية منه .

(٤) به : ساقط من ب .

(٥) جـ : الحالتين .

(٦) ما بين القوسين ساقط من جـ ،د .

فان كان حملها (١) نقصا (٢) موكسا في ثمنها (٣) ،لم يكن له ردّها ، ويرجع (٤) بأرش عيبها ،وإن لم يكن حملها نقصا (٥) فله ردّها بالعيب وهل له حبسها حتى تضع حملها ؟ على قولين : (٦)

أحدهما : ليس له حبسها للوضع (٧) إذا قيل : إنّ الحمل تبع . فان حبسها منع من الردّ ولم يستحقّ الأرش .

والقول الثاني : له حبسها حتى تضع إذا قيل : إنّ الحمل يأخذ قسطا من الثمن (٨) ، لأنّ الحمل في ملكه فلا يلزمه إخراجه عن يده .

ولو اشتراها حاملا فوضعت عنده ، ثم وجد بها عيبا متقدّما ، فان كانت الولادة قد نقصتها ،لم يكن له ردّها ،ورجع بأرش العيب ، وإن لم تنقصها الولادة ردّها (٩) . وفي

---

(١) ج : " وان كان في حملها " وهوخطأ .

(٢) نقصا : ليس في ج.

(٣) ب : من ثمنها .

(٤) ب ،ج : ورجع.

(٥) قلت : وقد أطلق بعضهم بأنّ الحمل الحادث نقص ،لأنه في الجارية يؤثّر في النشاط والجمال وفي البهيمة ينقص اللحم ،ويخلّ بالحمل عليها والركوب . انظر : الروضة ٣ / ٤٩٢.

(٦) انظر : الفتح ٨ / ٣٨١ ،والروضة ٣ / ٤٩٢.

(٧) د : حتى تضع.

(٨) قلت : الحمل يأخذ قسطا من الثمن على الصحيح من المذهب. انظر : المرجعين السابقين.

(٩) ج : " رجعبها " قال الرافعي : " وتكلموا في إفراد الجارية بالردّ وإن لم تنقص بالولادة من جهة أنه تفريق بين الأمّ والولد . فقال قائلون : لا يجوز الردّ ويتعيّن الأرش ،إلاّ أن يكون الوقوف على العيب بعد بلوغ الولد سنا لا يحرم بعده التفريق . وقال آخرون : لا يحرم التفريق هنا ،للحاجة " انظر : الفتح ٨ / ٣٨٠ - ٣٨١.

الولد قولان [١] من اختلاف قوليه في الحمل. [٢]

- فصل -

ولو اشتراها وهي صغيرة فأرضعتها أمّ البائع ، ثم وجد [٣] بها عيبا ،كان له ردّها عليه ،وإن حرمت على البائع بالرضاع ،لأنّ تحريمها عليه بهذا الرضاع غير مؤثّر في ثمنها في الأسواق. [٤]

- فصل -

ولو كان مشترى الجارية باعها على آخر ،ثم حدث بها [٥] عيب [٦] عند الثاني [٧] ، ووجد بها عيبا متقدّما ، فطالب [٨] بائعه فأخذ منه الأرش ، لم يكن للبائع الثاني أن يرجع على البائع الأوّل بما دفع من الأرش ، لأنه قد كان له أن يقبله بالعيب الثاني ،ثم يناظر البائع الأوّل عليه ، فإمّا قبله [٩] بعيبه ،وإمّا رضي بدفع أرشه ،فصار اختيار

---

(١) أظهرهما : أنه يردّه معها بناء على أنّ الحمل يأخذ قسطا من الثمن . انظر : المنهاج مع المغني ٦٢/٢.

(٢) راجع في الفصل - إضافة إلى المراجع السابقة - المهذّب ٢٩٢/١ ، وتكملة السبكي ٢٠١/١٢ ، ٢١٥ ومابعدها ،وشرح المحلى ٢٠٨/٢

(٣) ب ،جـ : فوجد .

(٤) انظر : أسنى المطالب : ٦٩/٢ ،والمغني ٥٩/٢.

(٥) ب : فيها.

(٦) أ : عيبا . والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ب ،جـ : عند الثاني عيب.

(٨) من ب ،جـ . وفي أ ،د : فطلب .

(٩) من ب ،جـ . وفي أ ،د : قبوله ،وهو خطأ .

البائع الثاني لدفع الأرش رضاء بإسقاط حقه مع الأول . ولكن لو كان المشترى الثاني أعتقه ، ثم رجع على بائعه الثاني بأرش عيبه ، كان للبائع الثاني أن يرجع على البائع الأول بما غرم من أرشه ؛ لأنّ عتقه يمنع من قبوله معيبا .(١)

- مسألة -

قال الشافعي(٢) : (ولو اختلفا في العيب - ومثله يحدث - فالقول قول البائع مع يمينه على البتّ(٣) : لقد باعه بريئا من هذا العيب، قال المزني : ينبغي في أصل قوله أن يحلفه بالله(٤) لقد أقبضه(٥) إيّاه وما به هذا العيب ، من قبل أنه يضمّن ما حدث عنده قبل دفعه إلى المشترى ويجعل للمشترى ردّه بما حدث عند البائع) إلى آخر الفصل من(٦) كلامه .(٧)

---

(١) انظر : أسنى المطالب ٢/ ٦٥ ، والمغني ٢/ ٥٦ ، والنهاية ٤/ ٤٦ ، وحاشية قليوبي ٢/ ٢٠٢ .

(٢) ب ، د : " الشافعي رضي الله عنه " ج : " الشافعي رحمه الله ".

(٣) بتّ شهادته وأبتّها : جزم بها . انظر : المصباح ص ٣٥ .

(٤) بالله : ليس في م .

(٥) ج : أقبضته .

(٦) أ ، د : " في " والمثبت من ب ، ج .

(٧) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٩٠ . وتمامه : (ولو لم يحلفه إلّا على أنه باعه بريئا من هذا العيب أمكن أن يكون صادقا وقد حدث العيب عنده قبل الدفع . فنكون قد ظلمنا المشترى ؛ لأنّ له الرّدّ بما حدث بعد البيع في يد البائع . فهذا يبيّن لك ما وصفنا أنه لازم في أصله على ما وصفنا من مذهبه .)

وجملة اختلاف البائع والمشترى في العيب إذا ادّعى المشترى تقدّمه ليستحقّ به[1] الفسخ[2]، / وادّعى البائع حدوثه ليمنعه الفسخ، ١٢١/أ أنه لا يخلو حال العيب من ثلاثة أقسام: أحدها: ما علم تقدّمه. والثاني: ما علم حدوثه. والثالث: ما استوى فيه الأمران.

فأمّا ما علم[3] تقدّمه فمثل الإصبع الزائدة التي لا يمكن حدوثها[4] أو شين جراحة عتيقة يستحيل في المدّة القصيرة حدوث مثلها، فالقول في هذا وما يجري[5] مجراه قول المشترى بلا يمين، لعلمنا بصدقه وكذب[6] البائع.

وأمّا ما علم حدوثه فمثل جراحة طريّة تسيل دما يستحيل مع المدّة الطويلة أن يتقدّمها، فالقول في هذا وما جرى مجراه من ادعاء العمى والعور، مع اعتراف المشترى بالرؤية، قول البائع بلا يمين، ولا ردّ للمشترى، لعلمنا بصدق البائع، وكذب[6] المشترى.

وأمّا ما أمكن حدوثه وتقدّمه كالخرق في الثوب، والكسر في الإناء، والجراح، وسائر العيوب التي يمكن حدوثها وتقدّمها، فالقول فيها قول البائع مع يمينه، لمعنيين:

---

(١) من ب، جـ. وفي أ، د: "استحق به" وهو تصحيف.
(٢) د: "الفتح" وهو تصحيف.
(٣) من ب، وفي باقي النسخ: ما يعلم.
(٤) د: "حدوثه" وهو خطأ.
(٥) ب، جـ: وما جرى.
(٦) جـ: "وكذا" في الموضعين، وهو خطأ.

أحدهما : أنّ حدوث العيب (١) يقين ،وتقدّمه شكّ ، والحكم باليقين أولى من الحكم بالشكّ.

والثاني : أنّ دعوى المشترى يقتضي الفسخ ،ودعوى البائع يقتضي الإمضاء ،ولزوم العقد من قبل يعاضد (٢) قول من ادّعى الإمضاء دون الفسخ. (٣)

- فصل -

فاذا ثبت أنّ القول قول البائع مع يمينه ،فيمينه على البتّ ، لا على نفي العلم. (٤)

وقال ابن أبي ليلى (٥) : اليمين في جميع العيوب على العلم دون البتّ. (٦) وهذا خطأ من وجهين .

---

(١) ب : " حدوث البائع" وهو خطأ.

(٢) د : تعاضد .

(٣) أنظر في الفصل : المهذّب ٣٠٢/١ ،والتنبيه ص ٢٦٧ ، والفتح ٣٧٠/٨ ،والروضة ٤٨٨/٣ ،والمنهاج والمغني ٦١/٢ ، والنهاية ٦٤/٤ ،وشرح المحلى ٢٠٧/٢.

(٤) أنظر: الفتح ٣٧٣/٨ ،والمغني ٦١/٢ ،والنهاية ٩٤/٤ ، وشرح المحلى ٢٠٧/٢ ،قلت : وبه قال الحنفية ،والحنابلة : المغني لابن قدامة ١٢٥/٤.

(٥) نسبه إليه الفوراني في الإبانة ١٢٣/ألف.

(٦) وهو قول للمالكية والقول المشهور عنهم : أنه يحلف على البتّ في الظاهر من العيوب ،وعلى نفي العلم في الخفيّ . انظر: القوانين ص ٢٩١.

أحدهما : أن تقدّم العيب يوجب خيار المشترى وإن لم يعلم به البائع ،فلم يجز أن يكون يمين البائع على العلم ؛لأنه قد يصدق فيها ، ولا يمنع حقّ المشترى بها.

والثاني : أنّ العيب نقص جزء يدّعى البائع إقباضه ،واليمين في القبض على البتّ ،لا على العلم.

- فصـــل -

فاذا ثبت أنّ يمين البائع على البتّ ،فصورة[(١)] يمينه تبنى على مقدّمة ،وهي أنّ من ادّعيت[(٢)] عليه دعوى فأنكرها ،لم يخل حال إنكاره من أمرين : إمّا أن يقابل لفظ الدعوى في الإنكار بمثله ،أو يكون نفيا للحقّ من غير أن يقابل في الإنكار بمثل اللفظ . (فان كان إنكاره نفيا للحقّ من غير مقابلة بمثل اللفظ)[(٣)] فصفته أن يدّعى عليه غصب عبد فيكون جوابه في الإنكار أن يقول : ليس له قبلى حقّ . فهذا جواب كاف[(*)] . فعلى هذا تكون يمين[(٤)] المنكر لهذه الدعوى مثل إنكاره لا مثل دعوى المدّعى ،فيقول : والله ما له قبلي حق . ولا يلزمه أن يحلف : والله ما غصبته العبد ؛لأنه قد يجوز أن يكون غصبه ثم ردّه وابتاعه ، فيأثم / إن حلف ،وهو برئ من الدعوى.[(٥)] ١٢١/ب

---

(١) ب ،جـ : فصفة.

(٢) جـ : من ادّعى.

(٣) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٤) يمين : ساقطة من د.

(٥) انظر : المهذّب ٣٢٤/١ ،والتنبيه ص ٦١ ،والروضة ١٢/ ٢١-٢٢ والمنهاج مع المغنى ٤٦٩/٤ ،والنهاية ٣٤٨/٨.

(*) أ : " كافي " والتصويب من ب ج د .

وإن كان إنكاره مقابلا للفظ الدعوى ،فصفته أن يدّعى عليه غصب عبد ،فيكون جوابه في الإنكار[(١)] : ما غصبته هذا العبد .

فعلى هذا في يمينه لأصحابنا وجهان :[(٢)]

أحدهما : يحلف بالله ماله قبلي[(٣)] حق ،لما ذكرناه من التعليل .

والوجه الثاني : يحلف بالله ما غصبته العبد ،لأنه لا ينكر الدعوى بمثل لفظها إلّا وهو يعلم من نفسه ما إن[(٤)] حلف عليه لم يحنث[(٥)] في يمينه .

فاذا وضحت هذه المقدّمة[(٦)] لم يخل جواب البائع فيما ادّعاه من حدوث العيب من أن يكون نفيا لاستحقاق الرّد ،(أو يكون مقابلا لدعوى المشترى بمثل ذلك اللفظ . فان كان البائع نفى استحقاق الرّد)[(٧)] مثل أن يقول : لا يستحقّ عليّ ردّ هذه السلعة بهذا العيب ، فيجب[(٨)] أن تكون يمينه مطابقة لجوابه ،فيقول : والله ما يستحق عليّ ردّ

---

(١) ب ،جـ : فيكون في جوابه في الإنكار أن يقول .
(٢) المراجع السابقة . قال في الروضة عن الوجه الثاني بأنه الأصّح ، وهو المنصوص .
(٣) د : ماله في قبلي .
(٤) جـ : "ما لو" د : "إن ما ".
(٥) جـ : "لم يحب" وهوتصحيف.
(٦) من ب ،جـ ،وفي أ ،د : هذه المسألة .
(٧) ما بين القوسين ساقط من د .
(٨) أ ، د : فيجوز . والتصويب من ب ،جـ .

هذه السلعة بهذا العيب.(١)

وإن كان البائع قابل دعوى المشترى بمثل لفظه مثل أن يقول : لقد بعتك هذه السلعة ، وليس بها هذا العيب ففي يمينه وجهان :(٢)

أحدهما : أنه يحلف مثل يمينه الأولى فيقول : والله ما يستحق علي ردّ هذه السلعة بهذا العيب ، لجواز أن يكون العيب متقدّما لكن علم به المشترى(٣) ، أو تصرّف فيه بعد علمه ، فلا يكون له ردّه .

والوجه الثاني : أن يمينه تكون مطابقة لقوله فيحلف بالله لقد باعه هذه السلعة ومابها هذا العيب ؛ لأنْ جوابه بهذا التصريح ينفي عنه ما ذكرناه من الاحتمال .

- فصل -

فأمّا المزني فانه قال : يجب أن تكون يمين البائع بالله لقد أقبضه بريئا من هذا العيب ، ولا يحلف : لقد باعه بريئا من هذا العيب .
قال : لأنّ العيب(٤) الحادث بعد البيع وقبل القبض مضمون على البائع ، ويستحقّ به المشترى الفسخ ، فلا يؤمن أن يكون ذلك العيب قد حدث

---

(١) انظر : الفتح ٨/ ٣٧١ ، والروضة ٣/ ٤٨٨ ، والمغني ٢/ ٢٦١ ، والنهاية ٤/ ٦٤ ، وشرح المحلى ٢/ ٢٠٧ .
(٢) والوجه الثاني هو الأصّح ، وبه قطع صاحب التهذيب وغيره (المراجع السابقة) .
(٣) المشترى : ساقط من د .
(٤) قال لأنّ العيب : ساقط من د .

بعد البيع وقبل القبض . فاذا حلف لقد باعه بريئا من هذا العيب ، بـرّ في يمينه مع استحقاق الردّ .(١)

والجواب عنه : أنّ يمين البائع يجب أن تكون مطابقة لدعـــوى المشترى ،فان كانت دعوى المشترى أن البائع باعه معيبا ،حلـــف البائع بالله لقد باعه بريئا من هذا العيب ،ولم يلزمه أن يحلف : لقـد أقبضه بريئا من هذا العيب . (وإن كانت دعوى المشترى أنّ البائـــع أقبضه معيبا ، حلف البائع بالله لقد أقبضه بريئا من هذا العيب)(٢)، ولم يجزه أن يحلف لقد باعه بريئا من هذا العيب .

فان قال المزني : فما ذكرته أحوط . / قيل له : فأنت وان احتطت للمشترى ،فيلزمك أن تحتا ط للبائع أيضا (٣) ، فيجب أن ١٢٢/أ

---

(١) قال الرافعي بعد أن ذكر كلام المزني ما نصّه : " وتكلّـــم الأصحاب على اعتراضه بحسب الخلاف المذكور. فمن اعتبـــر كون اليمين وفق الجواب قال : أراد الشافعي رضي الله عنه ما إذا ادّعى المشترى عيبا سابقا على الردّ وأراد الردّ بـــه وقال البائع في الجواب بعته وما به هذا العيب فيحلف كذلك ولو قال المشترى قبضته معيبا و نفاه البائع في الجـــواب، حلف كما ذكره المزني . ولو اقتصر في الجواب على أنه لا يستحـقّ الردّ لم يلزمه ذكر هذا ولا ذاك.
ومن قال تكفي اليمين على نفي الاستحقاق بكلّ حال قال : لـم يقصد الشا فعي أنه الآن على ماذا يحلف ولأيّ وقت يتعرّض ولكن أراد أن يتبيّن أنه يحلف على البتّ فلا يقول مثلا بعته وما أعلـم به عيبا ولكن يقول بعته وما به عيب ". انظر الفتح ٨/ ٣٧٢-٣٧٣.

(٢) مابين القوسين ساقط من ب.

(٣) جـ : أيضا للبائـع.

تكون يمينه : باللـه أنه لا يستحق عليه ردّ هذه السلعة بهذا العيب، خوفا من أن يكون المشترى قد علم بالعيب مع تقدّمه ،أو أمسك عن الردّ بعد علمه (١) ،فتكون اليمين (٢) على هذه الصفة يتضمّن (٣) الاحتياط للبائع والمشترى ،وهذا أولى .

- فصـــل -

وإذا ثبت تقدّم العيب كان ردّ المشترى معتبرا بثلاثة شروط:

أحدها : أن لا يكون قد علم بالعيب قبل العقد (٤) ،فلو كان قد علم بـه ، لكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ويوجب الفسخ فـلا ردّ له ؛ لأنه قد كان (٥) يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه ،ولأنّ استحقاق الردّ حكم ،والجهل بالأحكام لا يسقطها . فلو كان قد شاهد العيب قديما ،وقال ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ،ولا ردّ له، (٦) لأنّ الأصل بقاء العيب. (٧)

---

(١) ب : مع علمه .

(٢) اليمين : أثبتها من ب ،جـ. وهي ساقطة من د . وفي أ . " فيكون النهى " وهو تصحيف.

(٣) د : مضمّن .

(٤) فان علم بالعيب قبل العقد فلا ردّ له باتفاق أهل العلم . أنظر: مراتب الاجماع ص ٨٨ ،وتكملة السبكي ١٢/ ١٢١ وفيها : "ولا يأتي فيه الخلاف المتقدّم في المصرّاة إذا كان عالما بالتصرية ؛ لأنّ المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به التعبّد ، وأنّ ذلك خيار ثابت بالشرع ،وليس ههنا كذلك ".

(٥) كان : ليس في د .

(٦) من ب ،جـ . وفي أ ، د : "ولا دلالة " وهو خطأ.

(٧) انظر: التكملة ١٢/ ١٢١ قال : ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشترى ،لأنّ الأصل عدمه.

والشرط الثاني : تعجيل الردّ بعد علمه بالعيب على الفور (١) حسب الامكان المعتاد ،فلو وقف على العيب ليلا لم يلزمه ردّه في الحال حتى يصبح (٢) اعتبارا بالعرف . ولو علم به وهو ممنوع بغيبة أومرض ، كان له حقه (٣) إلى أن يزول المنع . فلو بادر بردّه حين علم بعيبه فلقي البائع ،فأقبل (٤) على محادثته ،ثم أراد الردّ ،فلا ردّ له ، لأنّ أخذه في الكلام ،مع إمساكه عن الردّ إسقاط لحقه منه. ولو كان حين لقيه ردّه عليه قبل سلامه عليه ، كان له ذلك . ولو ردّه عليه (٥) بعد سلامه فقد حكى عن محمّد بن الحسن (٦) أنه لا ردّ له حتى يردّ قبل السلام ؛ لأنّ السلام اشتغال بغير الردّ كالكلام.

---

(١) وبه قال مالك. وعند أبي حنيفة وأحمد : هو على التراخي .
انظر : الإفصاح ٢٢٥/١ ،ورحمة الأمة ص١٤٩ ،والميزان للشعراني ٥٦/٢.

(٢) قال السبكي : " واشتراط صاحب التتمّة عدم التمكّن في الليل يقتضي أنه متى تمكّن فيه كان كالنهار . وكذلك قال ابن الرفعة : لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة ".
أنظر : تكملته ١٤٢/١٢.

(٣) ب ،جـ : كان على حقه.

(٤) جـ : " وأقبل " ويأباه السياق.

(٥) عليه : ليس في جـ ،د .

(٦) انظر : رحمة الأمة ص١٤٠ ،والميزان للشعراني ٥٦/٢ ، وتكملة السبكي ١٤٢/١٢ وفيها : " وفي بعض شروح التنبيه حكاية وجهين في كون السلام عذرا ، وهو بعيد ."

وهذا غير صحيح ،بل له (١) الرّد ،وسلامه لا يمنع منه (٢) لجريان العرف أدبا وشرعا به ، ولأنّ السلام (٣) قريب لا يطول به الزمان ، ولا ينقطع به الموالاة . (٤)

والشرط الثالث : أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه ؛ لأنّ الاستعمال ينافي الرّد ، فان استعمله بطل حقّه من الرّد والأرش معا ،إلّا أن يكون يسيرا (٥) جرت العادة بمثله في غير ملكه كقولـــه للجارية المبيعة وقد وقف على عيبها : "إغلقي الباب ، أو ناولنيي (٦) الثوب " فلا يكون هذا اليسير وما جرى مجراه مانعا من الرّد ،لأنّ العرف جار بمثله في غير ملك (٧) . فلو كان المبيع دابّة فحين علم بعيبها ركبها ليردّها (٨) فقد اختلف أصحابنا هل يكون هذا الركوب مانعـا

---

(١) من ب ،د . وفي أ . بدون " له " وفي جـ " فان له ".

(٢) وذلك باتفاق أهل العلم إلّا ما روى عن محمّد بن الحسن . انظر المراجع السابقة .

(٣) من ب ،د . وفي أ :" الكلام " وفي جـ :" المسلم " وكلاهمـا خطأ .

(٤) انظر في التفريعات المذكورة : المهذّب ٢٩١/١ والفتـح ٣٤٧/٨ ،والروضة ٤٧٦/٣ ،والتكملة ١٤٢/١٢ ومابعدها . والمنهاج مع المغني ٥٦/١٢ والنهاية ٤٧/٤ ،وشرح المحلى ٢٠٣/٢ .

(٥) قلت : على الوجه الصحيح المشهور : لا فرق بين الانتفاع الكثير والقليل . انظر : الفتح ٣٤٩/٨ ،والروضة ٤٧٩/٣ ،والتكملة ١٥٥/١٢ .

(٦) جـ : " ناولني " وهو خطأ .

(٧) جـ ،د : "غير ملكه".

(٨) جـ : لردّها .

من الرّد بالعيب ؟ على وجهين (١) :

أحدهما : لا ردّ له ، لأنه تصرّف لم تجر به العادة في غير ملكه (٢) إلّا باذن / المالك. ١٢٢/ب

والوجه الثاني - وهو قول أبي العبّاس بن سريج (٣) - : له الرّد ، لأنّ الركوب أعجل له في الرّد وأصلح للدابّة من القود .

ولكن لو كان المبيع ثوبا فحين وقف على عيبه لبسه ليردّه على بائعه لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرّد بالعيب ، لأنّ العادة لم تجر به ، ولأنه لا مصلحة للثوب في لبسه . ولو كان لابسا للثوب فوقف على عيبه في الطريق فتوجّه ليردّه مستديما لبسه (٤) ، جاز ولم يمنعه ذلك من الرّد لقربه ، وأنّ العادة لم تجر في الطريق بنزعه. (٥)

---

(١) أصحّهما لدى جمهور الشافعية البطلان ، لأنه ضرب انتفاع . نعم لو كانت جموحا يعسر قودها وسوقها ، فيُعذر في الركوب . انظر : الفتح ٣٤٩/٨ ، والروضة ٤٧٩/٣ .

(٢) ج : " في عقد ملك " وهو تصحيف.

(٣) وبه قطع الشيرازي ، وصحّحه ابن أبي عصرون ، واختاره الروياني في الحلية . أنظر : التكملة ١٥٦/١٢ .

(٤) ب ، ج : للبسه .

(٥) أنظر في التفريعات المذكورة في استعمال المبيع بعد معرفة عيبه : المهذّب ٢٩١/١ ، والفتح ٣٤٧/٨ ، والروضة ٤٧٩/٣ ، والتكملة ١٥٤/١٢ ومابعدها . والمنهاج مع المغني ٥٨/٢ ، والنهاية ٥٤/٤ ، ومابعدها ، وشرح المحلي ٢٠٤/٢ .

- فصـــل -

وإذا [(١)] وجد المشترى بالمبيع عيبا يمكن حدوثه فجعل القول فيه قول البائع مع يمينه ، وألزم المشترى العيب ،ثم اختلفا في الثمن فتحالفا ، ثم ردّ [(٢)] المبيع على البائع ،فطالب [(٣)] المشترى بأرش العيب الذى حلف [(٤)] على حدوثه ،فليس له ذلك ،ويصير القول فيه قـــول المشترى مع يمينه [(٥)] ولا أرش عليه ؛ لأننا إنما جعلنا القول فيه قـــول البائع مع سلامة العقد في سقوط الرجوع عليه بالأرش اعتبارا ببراءة ذمّته ، (فوجب إذا انفسخ العقد أن يصير القول قول المشترى فـــي سقوط الرجوع عليه بالأرش اعتبارا ببراءة ذمّته [(٦)]) [(٧)]

- مسـألـة -

قال المزني [(٨)] : (سمعت الشافعي [(٩)] يقول : كلّ مـا اشتريت مما يكون مأكوله في جوفه ، فكسرته ،فأصبته فاسدا ، فلـــك

---

(١) ب : قال وان.

(٢) ب ،جـ : ورد .

(٣) أ :" فطلب " والمثبت من باقي النسخ وهوالأوفق .

(٤) أ :" حدث " والتصويب من باقي النسخ .

(٥) فلو نكل المشترى عن اليمين فهل يحلف البائع أم لا ويكتفـــى باليمين السابقة ؟ فيه نظر. والأقرب الأوّل ،لأنّ يمينه الأولى لدفع الردّ ،وهذه لطلب الأرش ،فالمقصود من كلّ منهما غير المقصود من الأخرى . حاشية الشبراملسي على النهاية ٤/ ٦٥.

(٦) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٧) أنظر : أسنى المطالب ٢/ ٧٢ ،والمغني ٢/ ٦١ ،والنهايـــة ٤/ ٦٥ ،وقليوبي ٢/ ٢٠٧.

(٨) ب : المزني رحمه اللّه.

(٩) ب : الشافعي رضي اللّه عنه.

ردّه وما بين قيمته فاسدا صحيحا ،وقيمته فاسدا مكسورا . وقال[١] في موضع آخر : فيها قولان : هذا أحدهما . والآخر : ليس له الردّ[٢] ، إلّا أن يشاء البائع ،وللمشترى[٣] ما بين قيمته صحيحا وفاسدا ، إلّا أن لا يكون[٤] له فاسدا قيمة[٥] ، فيرجع بجميع الثمن ، قال المزني رحمه اللّه[٦] : هذا أشبه بأصله ،لأنه لا يردّ[٧] الرانج[٨] مكسورا ، كما لا يردّ الثوب مقطوعا ،إلّا أن يشاء البائع .)[٩]

وهذا كما قال . إذا اشترى شيئا فكسره أو قطعه ،ثم وجد به[١٠] عيبا بعد الكسر والقطع[١١] ،فهذا على ضربين :

---

(١) جـ : ثم قال .

(٢) هكذا في النسخ وفي م : "فيها قولان. أحدهما : أن ليس له الردّ " ويأباه السياق .

(٣) جـ : "والمشترى " وهوخطأ .

(٤) أثبته من م . وفي النسخ " يكون " بدون حرف النفي ،وهو خطأ .

(٥) جـ : "فاسد قيمته " وهوخطأ .

(٦) رحمه اللّه : ليس في ب ، جـ ،د ،م.

(٧) من ب ، جـ ، م . و في أ ،د : " لم يرد " و يأباه السياق.

(٨) الرانج : بفتح النون ،وقيل بكسرها : الجوز الهندى . والجمع : الروانج . انظر : الصحاح ٣١٨/١ ، والمصباح ص ٢٤١.

(٩) انظر مختصر المزني ١٩٢/٢.

(١٠) به : ساقط من جـ .

(١١) ب ،جـ : بعد الكسر والقطع عيبا .

أحدهما : أن يكسره أو يقطعه لاستعلام العيب . والثاني : أن يكون (كسره وقطعه لغير استعلام العيب .

فان كان لغير استعلام العيب)[١] كثوب قطعه قميصا ثم وجده معيبا ، لم يلزم البائع أن يسترده معيبا ، وكان للمشترى أن يرجع بأرشه إلّا أن يرضى البائع قبوله مقطوعا ، فلا أرش للمشترى ، إلّا أن يكون له[٢] فيه خياطة .

وإن كان لاستعلام العيب لم يخل ذلك من أحد أمرين : إمّا أن يكون لفاسده قيمة أم لا . فان كان ممّا لا قيمة لفاسده كبيضة فاسدة مذرة ،[٣] أو جوزة فارغة ، أو بطّيخة دائدة[٤] ، فللمشترى في مثل هذا أن يرجع بجميع الثمن[٥] ، لأنّ ما لا قيمة له لا تصحّ المعاوضة عليه ./ ١٢٣/أ

وإن كان ممّا لفاسده قيمة كبيض النعام إذا تغيّر ، أو البطّيخ إذا حمض ، أو الجوز واللوز إذا زنخ[٦] ، فينبغي أن يعتبر حال

---

(١) مابين القوسين ساقط من د .
(٢) ب ، جـ : ما لم يكن له .
(٣) مذرت البيضة والمعدة مذرا ، فهي مذرة من باب تعب : فسدت . انظر : المصباح ص ٥٦٧ .
(٤) داد الطعام يدود ، وداد يداد ، من بابي قال وخاف ، و أداد ، ودوّد ، كله بمعنى : وقع فيه الدود أي : السوس . انظر المختار ص ٢١٤ ، والمصباح ص ٢٠٢ .
(٥) نصّ عليه الشافعي وقطع به الأصحاب كافّة . انظر : التكملة ١٢/ ٢٧٥ .
(٦) زنخ الدهنُ : تغيّر ، فهو زنخ ، وبابه طرب . انظر : المختار ص ٢٧٦ .

كسره فانه لا يخلو من أحد أمرين : إمّا أن يكون ممّا لا يمكن الوصول[1] إلى معرفة عيبه[2] إلاّ بمثله (أو يكون أكثر ، فان كان ممّا لا يوصل إلى معرفة عيبه[3] إلاّ بمثله)[4] فهل للمشترى أن يردّه مكسورا أم لا ؟، على قولين :

أحدهما[5] : لا ردّ له لنقصه عمّا أخذه ، وله الرجوع بالأرش ، وهو[6] أن يقوّم صحيحا سليما (وصحيحا معيبا ، ثم يرجع بما بينهما من الثمن ، لا من القيمة كأنّ قيمته صحيحا سليما)[7] عشرة ، وقيمته معيبا صحيحا ثمانية ، فقدر العيب الخمس ، فيرجع على البائع بخمس الثمن ، قلّ أو كثر .

والقول الثاني - وهو أصحّ -[8] : أن هذا الكسر لا يمنع من الردّ ؛ لأنه لمّا كان لا يوصل إلى معرفة العيب إلاّ به كان كالمأذون فيه ، وجرى مجرى المصرّاة التي لا يمنع حلبها من ردّها .

---

(١) ب ، جـ : ممّا لا يوصل .

(٢) ب ، جـ ، د : " عينه " وهو خطأ .

(٣) ب ، جـ : " عينه " وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) رجّحه الغزالي في الوجيز ١/ ١٤٤ ، وبه قال أبو حنيفة ، والمزني : فتح العزيز ٨/ ٣٦١ .

(٦) جـ : وله .

(٧) مابين القوسين ساقط من د .

(٨) ورجّحه أيضا الشيخ أبو حامد ومن تابعه ، وبه قال مالك ، وأحمد في رواية عنه ، والقاضي الروياني وغيره . انظر : الفتح ٨/ ٣٦١ .

فعلى هذا إذا ردّ ، فهل يلزمه أن يردّ معه أرش الكسر؟ على

قوليـــن :

أحدهما : [1] لا يردّ أرش النقص بالكسر [2] ؛ لأنه في حكم المأذون فيه. [3]

والقول الثاني : [4] يردّ معه أرش النقص ، كما يردّ الصاع بدلا عن [5] لبن التصرية . فعلى هذا يردّ أرش كسره من القيمة دون الثمن ، وهو أن يقوّمه صحيحا معيبا ، فيقال : "عشرة دراهم" ثم يقوّمه مكسورا معيبا ، فيقال : "ثمانية دراهم" فيكون قدر الأرش درهمين .

فأمّا إذا كان الكسر كبيرا قد يصل إلى معرفة عيبه بأقلّ منـــه كالبطّيخ الذى يصل إلى معرفة حلوه من حامضه بثقبه دون كسره ، فقـــد اختلف أصحابنا رحمهم الله [6] فيه إذا كسره على وجهين :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق المروزى - : أنه على قوليـــــن كما مضى سواء. [7]

---

(١) وهذا أصحّ عند الجرجاني ، وصاحب التهذيب - أى البغوى - ، وابن أبي عصرون ، والرافعي في المحرّر . وفي الروضة : إنه الأظهر . قال السبكي : والفرق بينه وبين المصرّاة أنّ الكسر عيب حـــادث لم يفوّت عينا على البائع بخلاف حلب المصرّاة فانه أظهر نقصـــا مع تفويت عين . انظر : التكملة ١٢/٢٧٩ .

(٢) جـ : "بالخمس" وهو خطأ .

(٣) فيه : ساقط من جـ .

(٤) ب : "والثاني" بدون القول .

(٥) ب ، جـ ، د : بدلا من .

(٦) رحمهم الله : ليست في ب ، جـ .

(٧) قال الشيرازى في تعليله : " إنه على القولين ؛ لأنه يشقّ التمييز بين القدر الذى يحتاج إليه في معرفة العيب ، وبين ما زاد عليه ، فسوّى بين القليل والكثير" انظر : المهذب ١/٢٩٣ .

والثاني - وهو قول أبي حامد المرورّوذى [(١)] ، وجمهور أصحابنا -: [(٢)]
لا ردّ له قولا واحدا ،لأنّ الزيادة في الكسر ليست لاستعلام العيب ،
فلمّا منعت من الردّ لو انفردت فأولى أن تمنع إذا شاركت.

فأمّا المزني فانه اختار أحد القولين ،وهو المنع من الردّ احتجاجا
بأنه لمّا لم يردّ الثوب مقطوعا ،لم يردّ الرانج مكسورا ،وكذلك الجوز
واللوز . فيقال له : إنما لم يردّ الثوب مقطوعا لأنه نقص لغير استعلام
العيب ، وكسر [(٣)] الرانج والجوز لاستعلام العيب. [(٤)]

- فصل -

إذا اشترى ثوبا مطوّيا فنشره [(٥)] صحّ الشراء إن كان مطويّا
على طاقين ليرى جميع الثوب من جانبيه [(٦)] . وإن كان مطويّا على أكثر
من طاقين لم يصحّ البيع إلّا أن يكون على خيار الرؤية فيكون جوابه على
ما مضى .

---

(١) د : " المروزى " وهو خطأ .

(٢) وهو المذهب . انظر : التكملة ٢٧٦/١٢ .

(٣) ب : " وكسره " ،جـ : " فكسره ".

(٤) راجع في المسألة : الأمّ ٥٨/٣ ،والمهذّب ٢٩٢/١ ،والتنبيه ص ٦٦ ،والفتح ٣٦٠/٨ ،والروضة ٤٧٤/٣ ،والمنهاج مع المغني ٥٩/٢ ،والنهاية ٦٠/٤ ،وشرح المحلى ٢٠٦/٢ .

(٥) فنشره : ساقط من د .

(٦) قال الرافعي بعد أن ذكر كلام الماوردى : " وهو أحسن لكن المطويّ على طاقين لا يرى من جانبيه إلّا أحد وجهي الثوب وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف سبق " انظر: الفتح ٣٦٤/٨ .

فاذا نشره (١) بعد صحّة بيعه ،فان كان / نشره لا ينقص ١٢٣/ب من قيمته ،كان له ردّه منشورا بما وجد فيه من عيب . وإن كان نشره ينقص من (٢) قيمته كالسبجاني (٣) وما في معناه ،فيكون كالذى لا يوصل إلى معرفة عيبه إلاّ بكسره ،فيكون على قولين إلاّأن ينشره من لا يحسن النشر فيكون على خلاف (٤) أصحابنا من (٥) الوجهين (٦) .

- مسألــــة -

قال الشافعي رحمه الله (٧) : (ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان : أحدهما : أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا . وعلى السّيد الأقلّ من قيمته ،أوأرش جنايته . والثاني : أنّ البيع مفسوخ من قبل أن (٨) الجناية في عنقه كالرهن فيه (٩) فيردّ البيع ،ويباع (١٠) فيعطى ربّ الجناية جنايته . وبهذا أقول ،إلاّ أن يتطوّع (١١) السّيد بدفع الجناية

----

(١) ب : " فأمّا إذا نشره " جـ : " فاذا اشتراه " وهوخطأ .

(٢) من : ليس في د .

(٣) السبجة والسبيجة : كساء أسود . لسان العرب ٢/ ٢٩٤ .

(٤) ب ، جـ ،د : على اختلاف .

(٥) ب ،جـ : في .

(٦) راجع في الفصل : الفتح ٨/ ٣٦٣ ،والروضة ٣/ ٤٨٥ ،والتكملة ١٢/ ٢٨٠ وفيها : " والمذهب امتناع الردّ " وأسنى المطالب ٢/ ٧٠ .

(٧) د : " رضى الله عنه " وفي ب ،جـ ، م: "الشافعي " فقط.

(٨) أنّ : ليس في د .

(٩) ب : " كالدهن " وهوتصحيف . و " فيه " ليس في ب ،جـ،م.

(١٠) أ : " فيباع " والمثبت من ب ،جـ ،د ،م.

(١١) جـ : "أن مطوّع " وهو تصحيف .

أو قيمة العبد ان كانت جنايته أكثر ، كما يكون هذا في الرهن .[(١)]

وهذا كما قال . إعلم أنّ جناية العبد إذا تعلّقت برقبته نوعان :
نوع يوجب القود[(٢)] ، ونوع يوجب المال . فأمّا الموجبة للقود فغيرمانعة
من جواز[(٣)] بيعه[(٤)] لأنه بوجوب[(٥)] القود معرّض للتلف . وذلك
لا يمنع من جواز البيع كالمرض .

---

(١) مختصر المزني ١٩٣/٢ - وراجع في المسألة : التنبيه ص٦٣ وفيه : "وفي العبد الجاني قولان ؛ وقيل : إن كانت الجناية خطأ لم يجز قولا واحدا ،وإنما القولان في جناية العمد . وقيل : إن كانت الجناية عمدا ،جاز قولا واحدا ،وإنما القولان فيما إذا كانت الجناية خطأ ." والمهذّب ٢٩٤/١ ،والفتح ١٢٩/٨ وذكر فيه ثلاث طرق.
" أحدها : أنه إن كانت موجبة للقصاص فهوغير صحيح . وإن كانت موجبة للمال فقولان . والثاني : إن كانت موجبة للمال فهوغير صحيح ،وان كانت موجبة للقصاص فقولان . والثالث : طرد القولين في الحالتين ".
والروضة ٣٥٧/٣ ،والمنهاج والمغني ١٤/٢ ، وشرح المحلى ١٥٩/٢.

(٢) القود : بفتحتين القصاص . انظر : المصباح ص٥١٩.

(٣) جواز: ليس في ب .

(٤) وبه جزم جمهور الأصحاب . وقيل : فيه وجهان . أظهرهما : الصحّة. والثاني : لا يصحّ ،لأنّ المستحقّ يجوزله العفو على مال فيتعلّق برقبته ،وتعلّقه بها مانع . راجع :المغني ١٤/٢ ،وشرح المحلى ١٥٩/٢.

(٥) جـ : "يوجب " وهوتصحيف .

فان باعه ،ثم اقتصّ [١] منه ،فقد اختلف أصحابنا هل يكون قتله [٢] بالقصاص يجرى مجرى استحقاقه بالغصب ،أو مجرى تلفه بالمرض ؟

فقال أبو اسحاق المروزى [٣] يجـــرى ذلك مجرى استحقاقه بالغصب فعلى هذا يكون للمشترى أن يرجع بثمنه ،سواء علم بجنايته أولم يعلم.

وقال أبو علي بن أبي هريرة [٤] : بل يجرى ذلك مجرى تلفه بالمرض . فعلى هذا لا رجوع له بالثمن لتلف ذلك بيده ،ويرجع بالأرش [٥] إن لم يكن عالما بجنايته ،ولا يرجع به إن كان عالما بجنايته.

----

(١) ب : ثم اقتصّه.

(٢) جـ : "قبله" وهوخطأ.

(٣) وبه قال ابن الحدّاد أيضا ،ونصّ عليه الشافعي في آخرباب الفتيا من الأمّ ،وهو مذهب أبي حنيفة . انظر : تكملة السبكي ٣٥٠/١٢.

وقال الشيرازى في المهذّب ٢٩٥/١ في تعليله : "لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع ،فأشبه إذا استُحِـــقّ" ثم ردّ على تعليل الوجه الثاني قائلا :" ويخالف المريض ،فانه لم يمت بالمرض الذى كان في يد البائع ،وإنما مات بزيادة مرض حدثت في يد المشترى ،فلم يرجع بجميع الثمن".

(٤) وبه قال ابن سريج ،ونسبه السبكي إلى أبي يوسف و محمّد أيضا . قال : ويوافقه ما نقله ابن بشرى عن نصّه ـ أى الشافعي في الاملاء ـ انظر : المرجعين السابقين.

(٥) وهو مابين قيمته جانيا وغير جان منسوبا من الثمن . انظر : التكملة ٣٤٩/١٢.

- فصــــل -

وإن كانت الجناية موجبة للمال فهي مانعة من بيعه ما لم يفده السيّد من جنايته . فان باعه قبل أن يفديه منها لم يخل السيد إمّا أن يكون موسرا بالجناية أو معسرا بها[1] ،فان كان معسرا بها بطـل بيعه[2] ،لأنّ أرش الجناية مستحقّ ،وتقديمها أحقّ . وإن كان موسرا بها ففي بيعه قولان:[3]

أحدهما : أنّ بيعه جائز ، لبقائه على ملكه فيبقى حكمه على ما كان من قبل من[4] جواز تصرّفه . وهذا قول أبي حنيفة.[5]

والقول الثاني -وهو أظهر- : أنّ بيعه باطل ؛ لأنّ تعلّق الجناية برقبته أوكد من تعلّق الرهن بها لتقدّم الجناية عند اجتماعهما . فلمّا كان رهنه مانعا من جواز بيعه فأولى أن تكون الجناية مانعة من

---

(١) بها : ساقطة من ب.

(٢) قلت : ومنهم من طرد الخلاف فيه كالموسر وحكم بثبوت الخيار للمجنى عليه إن صحّ . انظر : الفتح ١٢٩/٨ ،والروضة ٣٥٨/٣.

(٣) قلت : إن كان موسرا ففيه طريقان لدى الشافعية . أصحّهما : أنّ المسألة على قولين . أصحّهما : أنه لا يصحّ . والثاني : أنه يصحّ . وخرّج بعضهم قولا ثالثا ، وهو أنّ البيع موقوف فان فداه نفذ ،وإلاّ فلا . والطريق الثاني : القطع بالمنع كما في المرهون . انظر : المرجعين السابقين.

(٤) من : ساقط من جـ ،د . وفي ب : " وفي ".

(٥) انظر : فتح القدير ٣٩٣/٦ ،والتبيين ٤٢/٤ . وبه قال أحمد : المغني لابن قدامة ١٢٨/٤ ،والإفصاح ٢٢٥/١ ، وهو اختيار المزني : الفتح ١٢٩/٨.

جواز بيعه . فعلى هذا القول / يكون بيعه باطلا ، فداه السّيد [(١)] ١٢٤/أ
أو لم يفده [(٢)] ،وسواء قلّ أرش الجناية أو كثر. [(٣)]

فأمّا إذا قيل بالأوّل - إنّ بيعه جائز - فان السّيد مأخوذ بفكّه من جنايته . فان كانت الجناية بازاء قيمته فما دون فداه بجميعها ، وإن كانت الجناية أكثر من قيمته فعلى قولين : [(٤)]

أحدهما : عليه أن يفديه بجميعها وإن زادت على [(٥)] قيمته أضعافا ،لأنه بالمنع منه قطع رغبة الراغبين فيه.

والثاني : عليه أن يفديه بقدر قيمته لا غير ،لأنّ الزيادة لم تتعلّق بها الجناية . فان فداه عن [(٦)] جنايته ،استقرّ البيع وصحّ ،وإن امتنع أن يفديه منها ،فهل يؤخذ أرشها منه جبرا أو يفسخ البيع ، ويباع في الأرش ؟ (على وجهين :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق المروزي - : لا يجبر على دفع الأرش) [(٧)] ،لأنه لم يضمنه [(٨)] ،لكن يفسخ عليه البيع ليباع في الأرش .

---

(١) ب ،جـ : فداه السّيد من بعد .
(٢) ب : " أم لا " جـ : " أولا ".
(٣) ب : أو أكثر.
(٤) قلت : فيه طريقان لدى الشافعية . أحدهما : القطع بأنه يفدى بأقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية . والثانية : جريان القولين فيه . انظر : تكملة السبكي ٣٤٩/١٢.
(٥) على : ساقط من د .
(٦) ب ،جـ : من.
(٧) مابين القوسين ساقط من د .
(٨) د : لا يضمنه.

والوجه الثاني :[1] يؤخذ منه الأرش جبرا ، ولا يفسخ البيع؛ لأنّ حق المشترى قد تعلّق به ، وهو بالبيع ملتزم[2] لفديته .

- مسألـــة -

قال المزني : (قلت أنا : قوله[3] : " كما يكون العتق جائزا " تجويز منه للعتق[4] ، وقد سوّى في الرهن[5] بين إبطال البيع والعتق ، فاذا جاز العتق في الجناية ، فالبيع جائز مثله .)[6]

أمّا عتق السيّد لعبده الجاني فمعتبر بحال الجناية ، فان كانت موجبا للقود ، فعتقه نافذ ، سواء كان موسرا أو معسرا ، وللمجنى عليه أن يقتصّ[7] منه بعد العتق ، كما كان له الاقتصاص[8] قبل العتق.

وإن كانت الجناية موجبة للمال نظر حال السيّد ، فان كان موسرا بالجناية ، كان عتقه نافذا[9] ، ولزمه[10] ضمان أرش الجناية لايختلف،

---

(١) ونسبه الرافعي إلى الإمام أبي حنيفة أيضا : الفتح ٨/١٣٠ .
قال النووى : إنه الصحيح : الروضة ٣/٣٥٨ ، وقال السبكي : إنه ظاهر مذهب الشافعي : التكملة ١٢/٣٤٨ .

(٢) ب : " متلزم " وهو خطأ .

(٣) قلت أنا قوله : ليست في النسخ ، وأثبتها من م .

(٤) من ب ، جـ ، م . وفي أ ، د : " يجوز منه العتق " وهو خطأ .

(٥) جـ : " وقد يتراضى الرهن " وهو خطأ .

(٦) انظر : مختصر المزني ٢/١٩٤ .

(٧) د : " أن ينقص " وهو تصحيف .

(٨) د : " له في الاقتصاص " وهو خطأ .

(٩) قلت : حكى الرافعي والنووى فيه ثلاثة أقوال للشافعية أصحّها : نفوذ العتق . والثاني : أنه موقوف ، إن فداه نفذ ، وإلّا فلا . ومنهم من قطع بالنفوذ ، انظر : الفتح ٨/١٣١ ، والروضة ٣/٣٥٨ .

(١٠) جـ : ويلزمه .

لاستهلاكه العبد بالعتق ،كما لو استهلكه بالقتل ،ويكون ضامنا لأقلّ الأمرين من قيمته أو أرش جنايته لا يختلف ،لأنّ العبد بالعتق مستهلك بخلاف البيع .

وإن كان السيّد معسرا ،ففي نفوذ عتقه قولان :(١)

أحدهما : لا ينفذ عتقه (كما لا يصحّ بيعه .(٢)

والثاني : عتقه)(٣) نافذ بخلاف البيع ،لأنّ في العتق حقا لله تعالى لا يمكن إسقاطه بعد ثبوته . وخالف البيع الذى يفسخ بعد عقده ،(٤) فعلى هذا يكون ضامنا لأرش جنايته بأقلّ الأمرين في ذمّته .

فأمّا قول المزني : " إنّ الشافعي قد سوّى بين بيع الرهن(٥) وعتقه ، فكذا يجب أن يسوّى بين بيع الجاني وعتقه " فهذا سهو منه ،لأنّ الشافعي خالف بين بيع الرهن(٥) وعتقه ،لأنه أبطل بيعه قولا واحدا وله في عتقه ثلاثة أقاويل ،فكذا يجب أن يختلف / الحكم في بيع الجاني وعتقه ؛ ١٢٤/ب لأنّ حكم العتق أقوى وأنفذ من البيع.(٦)

- مسألـــة -

قال الشافعي(٧) : (ومن اشترى عبدا وله مال(٨) ،فماله

---

(١) أصحّهما أنه لا ينفذ : الفتح ٨/ ١٣١. وفي الروضة ٣/٣٥٨ : " لم ينفذ على الأظهر. وقيل : لا ينفذ قطعا".

(٢) ج : "معه" وهو تصحيف .

(٣) مابين القوسين ساقط من د .

(٤) ج : "بغير عقد" وفيه تصحيف وسقط .

(٥) ب ،ج :"المرهون" في الموضعين.

(٦) انظر : تكملة السبكي ١٢/ ٣٤٥.

(٧) ب : الشافعي رضي الله عنه .

(٨) وله مال : أثبته من م ،وليس في النسخ .

للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع ،فيكون مبيعا معه .[1]

لا خلاف[*] بين الفقهاء أنّ العبد لا يملك بالميراث[2] ،ولا يملك ما لم يملّكه السيّد[3] . واختلفوا في أنه[4] هل يملك إذا ملّكه السيّد مالا أم لا ؟ بعد اتفاقهم[5] أنه يملك بضع[6] زوجته .

فقال مالك[7] وداود[8] - وهو قول الشافعي في القديم -[9]: إنّ العبد يملك المال بتمليك[10] السيّد حتى يجوزله[11] أن

(*) من ب ج . أ د : " ولا خلاف ".

(١) انظر : مختصر المزني ٢/١٩٤.

(٢) أنظر : المحلّى لابن حزم ٩/ ٣٠١.

(٣) قلت : هذا مذهب عامّة أهل العلم. وذهب ابن عمر ،وعطاء ، والثوري والظاهرية إلى أنّ العبد يملك ولو لم يملّكه سيّده ، ولكن ملكه ضعيف ،وللسيّد الحقّ في انتزاع ما بيده . راجع : المحلّى لابن حزم ٩/ ٥٢ ، والمغني لابن قدامة ٤/ ١٣١، وبداية المجتهد ١/ ٢٢٦، ٢/١٥٨.

(٤) في أنه : ساقط من ب ، ج .

(٥) حصل اتفاقهم على استباحة التمتّع له ببضع زوجته ،لا على أنه يملكها . انظر : مراتب الإجماع ص٦٣.

(٦) البضع : بالضمّ ،جمعه أبضاع ،مثل قفل وأقفال ،يطلق على الفرج والجماع ،كما يطلق على التزويج . انظر : المصباح ص ٥١.

(٧) انظر: الموطّأ مع الزرقاني ٤/ ١٩٠ ،والمنتقى للباجي ٤/١٦٩، والخرشي ٥/ ١٨٢.

(٨) الظاهرية يقولون إنّ العبد يملك ولو لم يملّكه سيّده كما تقدّم.

(٩) انظر : الفتح ٩/ ١٤٧ ،والروضة ٣/ ٥٧٤ ،والمغني ٢/ ١٠٢، والنهاية ٤/ ١٨١ ،وشرح المحلّى مع قليوبي ٢/ ٢٤٤ ، قال قليوبي " وفي تمليك الأجنبي طريقان ".

(١٠) ب : " بتملك " وهوخطأ .

(١١) له : ليس في أ ، د . وأثبته من ب ،ج.

يتسرّى[١] ويتصرّف في المال كيف شاء.[٢]

وقال أبوحنيفة والشافعي في الجديد :[٣] إنّ العبد لا يملك المال وإن ملّكه سيّده ،ولا يجوز أن يتسرّى[٤] ،ولا يتصرّف فيما بيده إلّا باذن سيّده.

واستدلّ من ذهب إلى أنّ العبد يملك بقوله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأيامى[٥] منكم والصّالحين من عبادكم وإمائكم ، إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴾[٦] فأخبر أنه يغنيهم ،ومن لا يملك لا يوصف بالغناء.

وبما روى الزهري عن سالم عن أبيه أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : " من باع عبدا وله مال ، فماله للبائع إلّا أن يشترطه[٧] المبتاع."[٨] فأضاف المال إليه بلام التمليك[٩] ،فدلّ على أنه يملك.

---

(١) د : " أن يشترى " . في التاج ١٠/ ١٧٦ :"تسرّى : أخذ سرّية أى جارية ".

(٢) جـ : يشاء .

(٣) وهو أظهر الروايتين عن أحمد . انظر : أحكام القرآن للجصّاص ٣/ ١٨٧ ،والفتح ٩/ ١٤٧ ،والمغني لابن قدامة ٤/ ١٣٠،قال : "وهو ظاهر قول الخرقي ،واختيار أبي بكر ،وبه قال الثوري ،واسحاق" والافصاح ١/ ٢٢٥.

(٤) د : "أن يشترى " وهوتصحيف .

(٥) الأيامى منكم : أى الذين لا زوج لهم من الرجال والنساء. واحدها : أيّم. والمقصود منها الحرائر والأحرار . انظر:تفسير القرطبي ١٢/ ٢٣٩.

(٦) سورة النور : ٣٢ .

(٧) ب ،جـ : أن يشترط .

(٨) تقدّم تخريجه في ص : ٥٥٩ هامش (٦) وص ٦٢٣ هامش(٤) .

(٩) جـ : "بخلاف التمليك " وهو خطأ .

وبما روى أنّ سلمان الفارسي - وكان عبدا - حمل إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قبل إسلامه طبقا فيه رطب، ليختبر نبوّته (١)، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : "ما هذا ؟" فقال : صدقة، فردّه عليه وقال : "إنّا لا تحلّ لنا الصدقة" ثم جاء بعد ذلك بطبق آخر، فقال : "ما هذا ؟" فقال : "هديّة" فقبله. وقال : "إنّا نقبل الهديّة (٢)، ونكافيء عليها". (٣)

فلو كان العبد لا يملك، ما استجاز رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قبول هديّته.

ولأنه آدميّ، فجاز أن يملك كالحرّ. ولأنّ الرقّ لا يمنع من جواز الملك كالمكاتب. ولأنّ كلّ من ملك شيئا ملك بدله، فلمّا ثبت أنّ العبد يملك بضع زوجته، وجب أن يصحّ (٤) منه ملك بدله، وهو المهر. ولأنّ كلّ من صحّ أن يملك البضع نكاحا صحّ أن يملكه شراء كالحرّ. ولأنّ كلّ من ملك عليه (٥) المال في ذمّته، ملكه في ذمة (٦) غيره، كالمكاتب.

والدليل على صحّة قوله (٧) في الجديد - إنّ العبد لا يملك وإن

---

(١) ب، جـ : "ليختبر حال نبوته".
(٢) د : "الصدقة" وهو خطأ.
(٣) انظر قصّة سلمان هذه في : المستدرك للحاكم ٢/٤ قال : "وهذا حديث صحيح على شرط مسلم" ووافقه الذهبي، وطبقات ابن سعد ٤/١/٥٩، وكتاب الأموال لأبي عبيد ص ٧٤٤، و الاستيعاب ٢/٥٧ مع الإصابة، وأسد الغابة ٢/٤١٩، وتهذيب الأسماء ١/٢٢٦.
(٤) د : "أن يضع" وهو تصحيف.
(٥) عليه : ليس في أ، د. وأثبته من ب، جـ.
(٦) ذمّة : أثبتها من ب، وليست في باقي النسخ.
(٧) جـ : ما قاله.

ملّك ـ : قوله تعالى : ﴿ ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ﴾ [١]
وفيها دليلان : أحدهما : أنه نفى عنه القدرة ، فكانت على عمومها في
الملك وغيره . والثاني : أنه [٢] لمّا نفى عنه القدرة ،وقد ساوى الحرّ في
البطش والقوّة ،دلّ على أنه أراد ما يخالف الحرّ فيه من القدرة على الملك
دون غيره . / ١٢٥/أ

وقال تعالى : ﴿ ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم ممّا ملكت
أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء ﴾ [٣] وموضع الدليل من
هذه الآية أنّ الله تعالى ضرب مثلا [٤] لنفسه فقال : كما كان عبيدكم
الّذين ملكت أيمانكم لا يشاركونكم [٥] في أملاككم ،كذلك أنتم عبيدي لا
تشاركونّي في ملكي ،فلو قيل : إنّ العبد يملك مثل سيّده ، بطل ضرب
المثل به .

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " من باع عبدا وله
مال ،فماله للبائع إلّا أن يشترطه [٦] المبتاع " [٧] فوجه الدليل منه :
أنه لمّا جعل مال العبد لسيّده في حال زوال ملكه وارتفاع يده ،فأولى
أن يكون لسيّده في حال ملكه وثبوت يده .

---

(١) سورة النحل : ٧٥ . وفي جـ بدون : " لا يقدر على شيء ".
(٢) جـ : " ولأنه " وبدون " الثاني ".
(٣) سورة الروم : ٢٨ .
(٤) ب ،جـ : ضربها مثلا .
(٥) من ب ،جـ . وفي أ ، د : لا يشاركوكم.
(٦) جـ : أن يشترط .
(٧) تقدّم تخريجه في ص : ٥٥٩ هامش (٦) وص ٦٢٣ هامش (٤) .

ودليل ثان (*) من الخبر : وهو أنّ الملك تابع للمالك ،فلو كان ما أضيف من المال إلى العبد (١) ملكا له ،لوجب أن ينتقل معه ، فلمّا لم ينتقل وكان ملكا للسيّد ،بان أنه من قبل على (٢) ملك السيّد .

ولأنه مملوك ،فلم يجز أن يكون مالكا كالبهيمة . ولأنّ الآدميّ صنفان : مالكون ومملوكون ،فلمّا لم يجز أن يكون المالك مملوكا ،لم يجز أن يكون المملوك مالكا . ولأنّ الرقّ الذى فيه من جنس الرقّ الذى في غيره ،فلمّا لم يجز أن يملك رقّ نفسه ،لم يجز أن يملك رقّ غيره ،وتحريره قياسا : أنه رقيق ،فلم يجز أن يملك الرقيق ،قياسا على رقّ نفسه .

ولأنّ الإرث من أقوى أسباب الملك ،لحصول الملك به من غير قصد ، فلمّا لم (٣) يملك العبد بالإرث ، وهو من أقوى أسباب التملّكات (٤) ، فأولى أن لا يملك بأضعف أسباب التملّكات (٤) . وتحريره علّة : أنّ كلّ سبب يملك به المال ،لم يملك به العبد كالإرث .

ولأنّ الرقّ ينافي الملك بدليل أنّ حدوثه يزيل ملك الحربي ، فلمّا كان الرقّ قاطعا لاستدامة الملك ،فأولى أن يكون مانعا من ابتداء الملك . ولأنّ (٥) (تمليك العبد يؤدّى إلى تناقض الأحكام) (٥) وهو أن يملك العبد عبدا ،فيملّكه مالا ، فيشترى مولاه من سيّده ،فيصير كل واحد من العبدين سيّدا لصاحبه ،فتتناقض أحكامهما ،لأنّ كل واحد منهما يصير قاهرا ،لأنه سيّد ،ومقهورا (٦) ،لأنه عبد . وعليه النفقة ،لأنه سيّد .

(*) أ ب : " ثاني " . والتصويب من ج د .
(١) ب ،جـ : ما أضيف إلى العبد من المال .
(٢) على : ليس في د .
(٣) جـ: فاذا لم .
(٤) من جـ: وفي باقي النسخ : " التمليكات " في الموضعين .
(٥) ما بين القوسين تكرر في د .
(٦) جـ: " لأنّ سيده مقهورا " وهو خطأ .

وله النفقة لأنه عبد ، وما أدّى إلى تناقض الأحكام منع منه كالزوجة[(١)]
(إذا ملكت زوجها ، لمّا كانَ اجتماع الزوجيّة والملك يؤدّي إلى تناقض
الأحكام ، أبطلت[(٢)])[(٣)] الزوجيّة وأثبت[(٤)] الملك .

وأمّا الجواب عن قوله تعالى : ﴿ إن يكونوا فقراء يغنهم الله من
فضله ﴾ فهو ما ذكر[(٥)] في التأويل أن يغنيهم بحلال الوطء عن
حرامه[(٦)] ، على أنه يحمل على غناهم بالمال بعد / العتق. ١٢٥/ب

وأمّا الجواب عن قوله : " من باع عبدا وله مال " فهو ما ذكرنا من
الاستدلال منه .

وأمّا الجواب عن حديث سلمان[(٧)] فمن وجهين : أحدهما :
أنّ سلمان لم يكن عبدا وإنما كان حرّا مغصوبا . والجواب الثاني : أنه
كان قد أهدى بإذن سيّده (لأنّ من جعل العبد مالكا[(٨)] ، منعه
من الهديّة إلا بإذن سيّده)[(٩)] .

وأمّا الجواب عن المكاتب : فهو أنه[(١٠)] عندنا غير مالك ،

---

(١) جـ : " كالزوجيّة " وهو خطأ .
(٢) ب : اجتماع الزوجية والملك متناقضا أبطلت.
(٣) ما بين القوسين ساقط من جـ.
(٤) د : وأثبتت.
(٥) جـ : ما ذكرنا .
(٦) راجع : النكت للماوردي ٣/ ١٢٥ ، وتفسير القرطبي ١٢/ ٢٤٢ ، وأحكام القرآن لابن العربي ٣/ ١٣٦٧ ، والجصّاص ٣/ ٣٢١ .
(٧) جـ : سلمان رضي الله عنه .
(٨) من ب ، وفي أ : " مالك " د : " ملكا " وكلاهما خطأ .
(٩) ما بين القوسين ساقط من جـ.
(١٠) أنه : ليس في د .

وإنما يجوز له التصرّف فيما في يده. والسيّد ممنوع لأجل الكتابة من انتزاع ما في يده ليحصل له الأداء فيعتق ،ولو جاز له انتزاعه لأعوزه [١] الأداء.

وأمّا الجواب عن قياسهم على الحرّ ، فهو أنّ المعنى في الحرّ أنه لمّا ملك أرش الجناية عليه ملك غيره. ولمّا لم يملك العبد أرش الجناية عليه [٢] لم يملك غيره.

وأمّا الجواب عن قولهم : "إنّ من ملك شيئا ملك بدله" فهو أنّ العبد ليس يملك البضع ،وانما يستبيح الاستمتاع به من الزوجة [٣] ، والعبد والحرّ في الاستباحة سواء ، كما يستويان [٤] في أكل الميتة عند الضرورة. ومن [٥] هذا الوجه خالف عقد النكاح ملك اليمين.

ـ مسألـة ـ

قال الشافعي [٦] : (وما جاز [٧] أن يبيعه [٨] من ماله ، جاز أن يبيعه [٨] من مال عبده [٩]. وما حرم من ذلك ،

---

(١) جـ : "لاعوازه" وهو خطأ.

(٢) عليه : ساقط من جـ.

(٣) من الزوجة : أثبته من ب ،وليس في باقي النسخ.

(٤) أ ،د : "يستويا" بسقوط النون ،والمثبت من ب ،جـ.

(٥) ومن : أثبته من ب ،جـ. وفي أ ،د : ففي.

(٦) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه.

(٧) م : فما جاز.

(٨) د : "أن يمنعه" في الموضعين وهوتصحيف.

(٩) عبده : أثبته من ب ،جـ ،م. وفي أ ،د : "غيره" وهو تصحيف.

حرم من هذا (١) . ولو كان اشترط (٢) ماله مجهولا وقد يكون دينا ويشتريه (٣) بدين ، كان هذا بيع الغرر ، وشراء الدين بالدين .) الى آخر الفصل من كلام المزني رحمه (٤) الله. (٥)

قد مضى القولان في ملك (٦) العبد إذا ملّك ، ودللنا (٧) على أنّ أصحّ القولين ما قاله في الجديد : أنه لا يملك إذا ملّك (٨).

---

(١) في المختصر يوجد بعده زيادة : " فان قال قائل : قال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : " من باع عبدا وله مال ، فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع ". قال الشافعيّ : فدلّ على أنّ مال العبد لمالك العبد ، فالعبد لا يملك شيئا . ".

(٢) ب : " اشتراط " د : " اشتراطه " ولا يتحمّلهما السياق.

(٣) ب ، جـ : " واشتريته " م : " واشتراه ".

(٤) رحمه الله : ليس في ب ، جـ.

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٩٤ ومابعدها ، وتمامه : (فمعنى قوله إلاّ أن يشترطه المبتاع " على معنى ما حلّ ، كما أباح الله ورسوله البيع مطلقا على معنى ما يحلّ ، لا على ما يحرم. قال المزني : قلت أنا : وقد كان الشافعي قال : يجوز أن يشترط ماله وإن كان مجهولا ، لأنه تبع له . كما يجوز حمل الأمة ، تبعا لها ، وحقوق الدار تبعا لها ، ولا يجوز بيع الحمل دون أمّه ، ولا حقوق الدار دونها ، ثم رجع عنه إلى ما قال في هذا الكتاب . قال المزني : والذى رجع اليه أصحّ .)

(٦) ملك : ليس في جـ.

(٧) د : " ودليلنا " وهو تصحيف.

(٨) اذا ملك : ساقط من جـ.

فاذا باع السيد عبده وقد ملّكه مالا [١] ،لم يخل حال العقد من ثلاثة أقسام : أحدها : أن يشترطا [٢] إخراج ماله من العقد [٣] . والثاني : أن يشترطا إدخال ماله في البيع . والثالث : أن يطلقا .

فان شرطا إخراج ماله ،خرج ولم يدخل في البيع على القولين معا . وكذلك لو أطلقا العقد ،لم يدخل مال العبد [٤] في العقد [٥] على كلا [٦] القولين [٧] ـ بخلاف قول الحسن البصري ـ [٨] لقوله صلّى الله عليه وسلّم [٩] : "فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع".

----

(١) مالا : ليس في د .
(٢) ب : " أن يشترط " وهو خطأ .
(٣) أ ،د : " في العقد " والتصويب من ب ،جـ .
(٤) باتفاق الأئمة الأربعة . أنظر : رحمة الأمة ص ١٤٢ ،والميزان للشعراني ٥٦/٢ ،ونسبه ابن قدامة في مغنيه ١٣٠/٤ الى عمر ابن الخطّاب ،والقاضي شريح ،وعطاء وطاوس واسحاق أيضا .
(٥) ب ،جـ : في البيع .
(٦) في النسخ : "كلي " والصواب ما أثبته .
(٧) قال الرافعي في الفتح ٣٥/٩ : " أمّا إذا قلنا : إنه لا يملك ، فظاهر . وأمّا إذا قلنا : إنه يملك ،فلأنّ اللفظ لا يتناول المال ،وهو بسبيل من الرجوع فيه ،وكان ترك التعرّض للمال رجوعا . "
(٨) أنظر : المنتقى للباجي ١٧٢/٤ ونسبه إلى الزهري أيضا ، ورحمة الأمة ص ١٤٢ ،والميزان للشعراني ٥٦/٢ . ونسبه ابن رشد في البداية ١٥٨/٢ الى داود ،وأبي ثور .
(٩) من ب ،جـ في أ ،د : لقوله عليه السلام .

وكذلك لو أعتقه ،كان جميع ما قد ملّكه السيّد من مال السيد ،دون العبد على القولين جميعا.[1]

وقال مالك[2] : يكون ملكا للعبد دون السيّد . وهذا خطأ ، لقوله صلّى الله عليه وسلّم[3] (*[4]) : " من أعتق عبدا وله مال فماله للمعتق ".[5] وهذا نصّ .

---

(١) وبه قال ابن مسعود من الصحابة ،ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد ،واسحاق . أنظر : بداية المجتهد ٢/٣١٢.

(٢) وبه قال الحسن البصري . أنظر: رحمة الأمة ص ١٤٢ ،والميزان ٢/٥٦ ،وبداية المجتهد ٢/١٥٨ ،٣١٢ ونسبه إلى ابن عمر وعائشة وعطاء وداود وأبي ثور وأهل المدينة أيضا . قال :والحجّة لهم حديث ابن عمر أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال :" من أعتق عبدا فماله له إلاّ أن يشترط السيّد ماله " قلت : والحديث ضعيف بهذا اللفظ كما في تهذيب السنن ٥/٧٨.
وراجع في مذهب مالك إضافة الى المراجع السابقة : المنتقى ٤/١٧٢ وفيه : " والدليل على ما نقوله أنّ الكتابة لمّا كانت تفضي إلى العتق ملك المعتق بها ماله ،فبأن يملكها بالعتق أولى وأحرى" والموطّأ مع الزرقاني ٤/١٩٠ ،ومواهب الجليل مع المّواق ٤/٤٩٦ والخرشي ٥/١٨٢ .

(٣) من ب . وفي أ ،د : عليه السلام.

(٤) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٥) الحديث لم يرد في دواوين السنّة بهذا اللفظ ،بل ورد بلفظ : " الولاء لمن أعتق " كما يأتي في ص :١٠٧٩ ،١٠٨٣-١٠٨٤. كما روى أيضا من حديث ابن عمر مرفوعا بلفظ : " من أعتق عبدا وله مال فمال العبد له إلاّ أن يشترطه السيد "أخرجه أبو داود ٤/٢٨ ،وابن ماجة ٢/٨٤٥ ،وابن أبي حاتم في

===

فأمّا إذا اشترطا دخول[*] ماله في البيع فان حكمه يختلف على اختلاف القولين ، فعلى قوله في الجديد - إنّ العبد لا يملك إذا ملّك - لا / يصحّ[1] اشتراط ماله معه حتى يسلم ماله من الجهالة ١٢٦/أ والغرر والربا على الوجه الذى يصحّ أن يفرد بالعقد يصحّ أن يشترط[**] تبعا للعبد . فلو كان ماله غائبا أو مجهولا ، أو دينا والثمن دين ، أو ذهبا والثمن ذهب ، أو فضّة والثمن فضّة ، لم يجز وكان البيع باطلا . ولو كان ماله ثيابا حاضرة ، أو عروضا مشاهدة ، صحّ بيعه بالذهب والفضّة . ولو كان ماله ذهبا فبيع بالفضّة ، أو فضّة فبيع بالذهب ، كان هذا العقد[2] قد جمع بيعا وصرفا فيكون على قولين .

فأمّا على قوله في القديم - إنّ العبد يملك إذا ملّك - فيجوز اشتراط ماله معا[3] وإن كان غائبا أو مجهولا . واختلف أصحابنا في تعليل جوازه على هذا القول مع الغرر والجهالة .

فذهب أبو اسحاق المروزى[4] إلى أنّ العلة فيه أنّ[5] اشتراط

(*) من ج . في أ ب د : " شرطا " .

=== الملل ٣٩٤/١ . إلّا أنه بهذا اللفظ يعدّ في أفراد عبيد الله ابن أبي جعفر ، وهو ضعيف في الحديث . والحديث المحفوظ إنما هو ورد في البيع بلفظ : " من باع عبدا وله مال ، فماله للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع " وأما قصّة العتق فانها وهم من ابن أبي جعفر خالف فيها الناس . راجع : عون المعبود . ٥٠٣/١ .

(١) د : لا يصلح .

(٢) د : هذا البيع .

(٣) ب : " بيعا " وهو تصحيف .

(٤) وبه قال ابن سريج أيضا ، وهو أصحّ التعليلين عند أصحاب الشافعي . انظر : الفتح ٢٣٦/٩ ، والروضة ٥٤٦/٣ .

(٥) أن : ساقط من ج .

(**) من ب ج د . وفي أ : " أن يشرط " .

المشترى له هو شرط لتبقية ماله عليه، ومانع لانتزاع السيّد ذلك من يده، لأنه لو لم يشترطه لكان للسيّد انتزاعه من يده. (فلمّا شرطه كان الشرط استبقاء لماله، ومنعا للسيّد من انتزاعه، ثم يجوز للمشترى[(١)] أن ينتزع ماله من يده)[(٢)]، كما كان للبائع انتزاعه منه.

واستدلّ لصحّة هذا التعليل بقوله صلّى الله عليه وسلّم: فماله للبائع إلّا أن يشترطه[(٣)] المبتاع: (فجعله للمبتاع بالشرط لا[(٤)] بالشراء. فلو كان يصير له بالشراء لقال[(٥)]: "فماله للبائع إلّا أن يشتريه المبتاع")[(٦)]. فعلى هذا التعليل لا يكون مال العبد مبيعا معه[(*)]، فيصحّ البيع وإن كان المال دينا، أو غائبا، أو مجهولا، أو مفضيا إلى الربا لو[(٧)] كان مبيعا فيه[(٨)]؛ حتى لو كان مال العبد[(٩)] ألفي درهم. وقد اشتراه[(١٠)] بألف درهم صحّ الشراء، وكان للمشترى أن ينتزع الألفين (من يده، ويدفع إحداهما في ثمنه، ويحصل له[(١١)]

(*) معه: أثبته من ب. وفي سائر النسخ: منه.

(١) ثم يجوز للمشترى: أثبته من ب، وفي أ، د: "ثم لا يجوز للسيد" ويأباه السياق.

(٢) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٣) جـ: أن يشترط.

(٤) لا: ساقط من جـ.

(٥) جـ: "لعاد" وهو تصحيف.

(٦) ما بين القوسين ساقط من د.

(٧) لو: ساقط من جـ.

(٨) فيه: ساقط من جـ.

(٩) ب: "حال العبد" وهو تصحيف.

(١٠) د: "اشترياه" وهو خطأ.

(١١) له: ساقط من أ، د. وأثبته من ب، جـ.

ألف وعبد بغير شيء [١] دفعه من ماله.

وذهب أبو سعيد الإصطخري إلى أنّ تعليل جوازه [٢] كون المال تبعا له ،فصحّت الجهالة فيه وإن كان مبيعا معه ،كما يجوز البيع [٣] مع الجهالة)* [٤] بتوابع المبيع من الحمل واللبن وحقوق الدار والأرض . ولو أفردت [٥] بالعقد ،لم يصحّ البيع مع الجهالة به ،كذا مال العبد يجوز بيعه تبعا للعبد ،وإن كان مجهولا ، ولا يصحّ بيعه مفردا حتى يكون معلوما . فأمّا الربا فلا يصحّ العقد إلّا مع سلامته منه ، لأنّ الربا لا تصحّ [٦] إباحته في البيوع [٧] تبعا ،ويصحّ دخول الجهالة فيها تبعا . فعلى هذا التعليل يجوز أن يشترط مال العبد وإن كان غائبا أو مجهولا / ، لجواز الجهالة في توابع العقد ، ١٢٦/ب ولا يصحّ [٨] إذا كان ماله ألفي درهم أن يبتاعه بألف درهم ، ولا بألفي درهم ،لأجل الربا الّذى لا يحلّ في العقود [٩] قصدا ولا تبعا . والله أعلم. [١٠]

---

(١) جـ : "بغير شيء من " وهو خطأ .
(٢) جـ : " تعليله وجوازه " وهو خطأ .
(٣) البيع : ليس في جـ .
(٤) ما بين القوسين ساقط من د .
(٥) جـ : ولو أفرد .
(٦) من جـ . وفي أ ،د : " لا يصح " وفي ب غير منقوط .
(٧) من ب . وفي باقي النسخ : " في الشرع " وهو تصحيف.
(٨) من ب ، جـ وفي أ ،د : " فلا يصحّ " ويأباه السياق .
(٩) ب : في العقد .
(١٠) والله أعلم : ليس في جـ.

- مسألــــة -

قال الشافعي (١) : (وحرام التدليس ، ولا ينتقض به البيع.) (٢) (٣)

وإنما كان التدليس حراما لرواية الشافعي عن سفيان ،عن العلاء بن عبد الرحمن (٤) ، عن أبيه ،عن أبي هريرة أنّ رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه وسلّم مرّ برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه ،فاذا هو طعام مبلول فقال النبيّ صلّى اللّٰه عليه وسلّم : " ليس منّا من غشّنا ".(٥) وقال صلّى اللّٰه عليه وسلّم لحبّان بن منقذ : " لا خلابة في الإسلام "(٦) أى لا خديعة .

---

(١) ب ،د : الشافعي رضي اللّٰه عنه.

(٢) من م . أ : " ولا ينقص بالبيع " وفي ب ،د : " ولا ينقض به البيع" وفي ج : " ينقض به البيع" أى بسقوط حرف العطف والنفى ، وهو خطأ .

(٣) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٩٦.

(٤) هو أبو شبل العلاء بن عبد الرحمن المدني ،الحرقى (بضم الحاء وفتح الراء) نسبة الى الحرقة مولاهم ،مختلف فيه . قال أبوحاتم: " صالح أنكر من حديثه أشياء " وقال في التقريب : " صدوق ربما وهم " توفى سنة ٣٢ ،أو ٣٩ هـ . انظر : الكاشف ٢/ ٣٦١ وتهذيب التهذيب ٨/ ١٨٦ ، والتقريب ص ٢٦٨.

(٥) أخرجه مسلم ١/ ٩٩ ،وأبوداود ٣/ ٢٧٢ ،والترمذى ٣/ ٦٠٦، وابن ماجة ٢/ ٧٤٩ كلهم بمعناه ولفظ أبي داود وابن ماجة أقرب من لفظ الماوردى .

(٦) هذا جزء من حديث طويل ،وقد تقدّم الحديث بكامله في ص : ٢٦٢.

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " لا شــوب ولا روب "[١] أى لا غشّ ولا تخليط . فان دلّس في بيعه كان البيــع صحيحا لا يبطل بتدليسه.[٢]

وقال داود بن علي[٣] : البيع باطل بالتدليس .

وهذا خطأ لما رُوى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى[٤] عــن التصرية ،وجعلها تدليسا . ثم قال : فمن[٥] ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردّها وصاعا . ولو كان البيــع باطلا بالتدليس لردّ ،ولم يخيّر. ولأنّ النهي إذا توجّه إلى المعقود عليه كان مبطلا للعقد ([٦] كالنهي عن بيع الملامسة والمنابذة . واذا كان لمعنى في المتعاقدين لم يكن النهى مبطلا للعقد)[٦] كالنهــي عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه . والنهي عن التدليس لمعنى[٧] فــي العاقد ،دون المعقود عليه ،فلم يكن النهى مبطلا له.

---

(١) من ب ،جـ.وفي أ ،د : " ولا روق " قلت : والحديث لم أجــد له أصلا في دواوين السنة ،وذكره ابن الاثير في النهاية ٢/ ٢٧١ ، والزبيدى في تاج العروس ١/ ٢٨١ (روب) وابن منظور فــي اللسان ١/٤٣٩ .

(٢) باتفاق المذاهب الأربعة : أنظر : المغنى لابن قدامة ٤/١٠٨، والإفصاح ١/ ٢٥٥ ،ورحمة الأمة ص ١٣٩ ،وأسنى المطالــب ٢/ ٦٢ ،والخرشي ٥/ ١٣٣ .

(٣) انظر : المحلّى لابن حزم ٩ /٦٥.

(٤) جـ : لما روى عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنه نهى .

(٥) ب ،جـ : من.

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب ،جـ.

(٧) من ب ،جـ ،د . وفي أ :" التدليس ليس لمعنى " وهو خطأ .

- مسألــة -

قال الشافعي [(١)] : (وأكره بيع العصير ممّن يعصر الخمر ، والسيف ممّن يعصي الله تعالى [(٢)] به . ولا أنقض البيع .) [(٣)]

وانما كرهنا بيع العصير من التمر والزبيب والعنب على من يعصر الخمر ، وبيع السيف [(٤)] للّصوص وقطّاع الطريق وأهل البغي ، لما فيه من معونتهم على المعصية به [(٥)] . وإن كان البيع صحيحا لأمرين :

أحدهما : أنّ المعصية ليست في الحال ، وإنما هي مظنونة في ثاني الحال ، فلم يمنع صحّة البيع في الحال .

والثاني : أنه قد يجوز أن لا يعصي الله تعالى به ، فيجعل العصير خلّا ، ويجاهد بالسلاح في سبيل الله تعالى . [(٦)]

---

(١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .

(٢) تعالى : ليس في م .

(٣) انظر : مختصر المزني ١٩٧/٢ .

(٤) السيف : ساقط من ب ، جـ .

(٥) به : ليس في جـ .

(٦) راجع في المسألة : المهذّب ٢٧٤/١ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والمجموع ٢٥٣/٩ ، والروضة ٤١٦/٣ ، ومغني المحتاج ٣٧/٢ وفيه : " وكذا كل تصرّف يفضي إلى معصية " ، وشرح المحلّى ١٨٤/٢ وفيه : " فان توهّم اتخاذه إيّاهما من المبيع ، فالبيع له مكروه ، أو تحقّق فحرام أو مكروه ؟ وجهان . قال في الروضة : " الأصحّ التحريم " . والمراد بالتحقّق الظنّ القويّ ، وبالتوهّم الحصول في الوهم أي الذهن ".

- فصـــل -

فأمّا بيع السلاح على أهل الحرب فحرام[(١)] لما فيه من تقوية أعداء الله على دين الله.[(٢)] فان بيع السلاح عليهم لم يجز . وفي العقد وجهان :[(٣)] أحدهما : البيع باطل لتحريم إمضائه . والثاني : صحيح ولكن / يفسخ عليهم . والوجهان مخرّجان من اختلاف قوليه في ١٢٧/أ الذمّي إذا اشترى عبدا مسلما أحدهما : أنّ[(٤)] العقد باطل[(٥)] . والثاني : صحيح ولكن يفسخ عليه ،ويؤمر ببيعه.[(٦)]

وأمّا المصحف إذا بيع عليه ،فيكون[(٧)] العقد باطلا[(٨)] في أحد القولين[(٩)] ،

---

(١) باجماع أهل العلم. أنظر: المجموع ٩/٣٥٤.

(٢) ب ،جـ : " على أهل دين الله " د : "على دين الله تعالى".

(٣) والمذهب : بطلان البيع . والوجه الثاني ضعيف . انظر : المجموع ٩/٣٥٤.

(٤) أنّ : ليس في ب ،جـ.

(٥) وهو أرجح قولي الشافعي وبه قال أحمد ،وهي إحدى الروايتين عن مالك. انظر : المغني لابن قدامة ٤/١٩٩ ،ورحمة الأمة ص١٣٣.

(٦) وبه قال أبوحنيفة ،وهي الرواية الأخرى عن مالك. انظر : المرجعين السابقين.

(٧) ب ،جـ: وكذا المصحف إذا بيع عليه يكون.

(٨) وبه قال أحمد وهي إحدى الروايتين عن مالك ،أنظر :المرجعين السابقين.

(٩) قلت : يوجد في المذهب الشافعي في بيع المصحف على الكافر طريقان ،أحدهما أنه على قولين . أصحّهما : أنه لا يصحّ . ==

وصحيحا في القول الثاني ،لكن يفسخ (١) عليه. (٢)

وأمّا بيع أحاديث رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه وسلّم على أهل الذمّة ، وبيع كتب الفقه عليهم ، فالبيع صحيح . (٣) وهل يفسخ عليهم ؟ على وجهين :

أحدهما : يفسخ عليهم خوفا من تبديلهم.

والثاني : لا يفسخ عليهم ،لأنهم ربما استدلّوا منها على صحّة الاسلام ،وبعثهم ذلك على الدخول فيه. واللّٰه أعلم بالصواب.

* * *

=== والثاني : يصحّ . والطريق الثاني - وهو أظهرهما - القطع بالبطلان . انظر : الفتح ٨/١٠٨ ،والروضة ٣/٣٤٤ ، والمجموع ٩/٣٥٥ ،والمغنى ٢/٨ ،وشرح المحلي ٢/١٥٦.

(١) من ب ،جـ . وفي أ ،د : ينفسخ .

(٢) وبه قال أبو حنيفة وهي الرواية الأخرى عن مالك . انظر : رحمة الأمة ص ١٣٣.

(٣) شذّ به الماوردي من بين أصحاب الشافعي حيث جزم بالجواز . وأمّا سائر الأصحاب فقد ألحقوهما بالمصحف . انظر : الفتح ٨/١٠٨ والروضة ٣/٣٤٤ ،والمجموع ٩/٣٥٥ ،والمغني ٢/٨ .

[- بـاب بيع البـراءة -]

قال الشافعي رحمه الله[(١)] : (واذا باع الرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذى أذهب[(٢)] اليه قضاء عثمان[(٣)] : أنه بريء من كل عيب لم يعلمه ،ولا يبرأ من عيب علمه ،ولم يسمّه له ويقفه[(٤)] عليه تقليدا ،وأنّ الحيوان يفارق ما سواه[(٥)] ،لأنه يغتذى بالصحّة والسقم ،وتحوّل طبائعه[(٦)] ، وقلّما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر[(٧)] ، وإن صحّ[(٨)] في القياس - لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره - أن لا يبرأ من عيوب لم يرها[(٩)] ولو سمّاها لاختلافها ،أويبرأ من كل[(١٠)] عيب ، والأوّل أصحّ .)[(١١)]

إعلم أنّ البيع بشرط البراءة من العيوب على ثلاثة أضرب :

---

(١) د : رضي الله عنه .

(٢) د : " ذهب " وهوخطأ .

(٣) م : عثمان رضي الله عنه .

(٤) أ ،د : " ولم يقفه " والمثبت من ب ،جـ ،م وهو الانسب .

(٥) م : فان الحيوان مفارق لما سواه .

(٦) ب ، د : طباعه .

(٧) قال الرافعي في الفتح ٨/ ٣٤٠ "ومعناه : أنه يغتذى ويأكل في حالتي صحّته وسقمه ،وتحوّل طبيعته ،و قلّ ما ينفكّ عن عيب خفيّ أوظاهر ،فيحتاج البائع إلى هذا الشرط ليثق بلزوم البيع " .

(٨) من ب ، جـ .وفي أ ،د : "واذا صحّ " وفي م : " وان أصح " خطأ .

(٩) جـ : " من عيوب تخفى أوتظهر لم يرها " م : " من عيوب تخفى له لم يرها " .

(١٠) كل : ساقط من جـ .

(١١) انظر : مختصر المزني ٢/ ١٩٨ .

أحدها : أن [1] يبرّأ من عيوب سمّاها ، ووقف المشتري عليها .

والثاني : أن يبرّأ من عيوب سمّاها ، ولم يقف المشتري عليها .

والثالث : أن يبرّأ من كل عيب بها من غير أن يسمّيها ولا وقف [2] المشتري عليها .

فأما الضرب الأول : وهو أن يبرّأ من عيوب سمّاها ووقف المشتري عليها ، فهذه [3] براءة صحيحة ، وبيع [4] جائز ، لانتفاء [5] الجهالة عن البراءة ، ولزوم الشرط [6] في العقد . فان وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب كان له الردّ ، وان لم يجد إلّا تلك فليس له الردّ .

- فصل -

وأما الضرب الثاني : وهو أن يبرّأ من عيوب سمّاها ولم يقف المشتري عليها ، فهذا على ضربين : أحدهما : أن تكون العيوب لازمة ، كالبرص والجذام [7] . والثاني : أن [8] تكون غير لازمة ، كالسرقة والإباق .

فان كانت غير لازمة ، صحّت البراءة بالتسمية [9] / ؛ لأنّها ١٢٧/ب

---

(١) أن : ساقط من د .

(٢) جـ : ولا يقف .

(٣) جـ : " وهذه " وهو خطأ .

(٤) جـ : " من بيع " وهو خطأ .

(٥) جـ : " لا تنتفي " وهو تصحيف .

(٦) جـ : شرط .

(٧) من ب ، جـ . وفي أ ، د : " والجراح " وهو تصحيف .

(٨) أن : ساقط من جـ .

(٩) وقد حكى الرافعي عدم الخلاف في ذلك . انظر : الفتح ٨/٣٤٠ .

غير مشاهدة فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى با لتسمية لها .

(وإن كانت لا زمة ، فانه لا يكتفى بالتسمية لها)(١) حتى يقف عليها ويشاهدها ، لأنّ لنقص العيب قسطا(٢) من الثمن ، يزيد بزيادة العيب(٣) ، وينقص بنقصه(٤) ، فصارت التسمية لها مع عدم مشاهدتها جهلا بها .

- فصل -

وأمّا الضرب الثالث - وهو(٥) أن(٦) يبرّأ إليه من كل عيب بها من غير أن يسمّيها ، ولا وقف(٧) المشترى عليها - : فالذى نصّ عليه الشا فعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبى ليلى(٨) أنّ الذى يذهب(٩) إليه في الحيوان قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ، (١٠)(حتى يسميه للمشترى(١١) ويقفه عليه)(١٠) ، تقليدا ، وأنّ الحيوان يفارق ما سواه .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٢) جـ : " قسط " وهو خطأ .

(٣) د : " الثمن " وهو خطأ .

(٤) جـ ، د : بنقصانه .

(٥) جـ : فهو .

(٦) أن : ساقط من د .

(٧) ب ، جـ : ولا يقف.

(٨) أنظر : الأم ٧/٩٠ .

(٩) د : ذهب.

(١٠) ما بين القوسين ساقط من د .

(١١) أ جـ : " للبائع " . والتصويب من ب .

وقال في اختلافه ومالك [1] : ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برئ مما علمه ومما لم يعلمه [2] ، لكان مذهبا يجد فيه حجة.

فاختلف [3] أصحابنا ، لاختلاف نصه على ثلاثة مذاهب: [4]

أحدها [5] - وهو مذهب أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن خيران -: أنّ المسألة على قول واحد ، وهو أن يبرأ في الحيوان من كل عيب لم يعلمه ، دون ما علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان من عيب أصلا ، سواء علمه أو لم يعلمه ، ولم يخرّجا [6] ما قاله في اختلافه ومالك قولا آخر [7] لاحتماله.

والمذهب الثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة -: أنه يبرأ في الحيوان ممّا لم يعلمه دون ما علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان ممّا علمه. وهل يبرأ ممّا لم يعلمه ؟ على قولين.

---

(١) لم أجد نصّه في الكتاب المذكور.

(٢) ب ، جـ : ممّا علم وممّا لم يعلم.

(٣) د : فاختلف فيه.

(٤) انظر: الفتح ٨/٣٤٠ وفيه : " ويخرّج من منقول الإمام - أي الجويني - طريقة رابعة ، وهي إثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره ، وثالثها : الفرق بين المعلوم وغيره " والروضة ٣/٤٧١ ، والتكملة ١٢/٣٥٨ وحكى طريقة خامسة ، وهي القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وإجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان.

(٥) وهو الأصحّ عند ابن عصرون ، وقال الجويني : إنه الأليق بكلام الشافعي ، ونسبه في المجرّد إلى عامّة أصحاب الشافعي. انظر : التكملة ١٢/٣٥٨.

(٦) ج : " ولم يخر " أي بسقوط الحرفين الأخيرين.

(٧) ب : " قولا له " جـ : " قولا واحدا له ".

والمذهب الثالث ـ[1] وهو قول أبي العبّاس بن سريج وأبي سعيد الإصطخرى وأبي حفص بن الوكيل ـ : أنّ المسألة على ثلاثة أقاويل :

أحدها : أنه يبرأ من كلّ عيب علمه أولم يعلمه ، في الحيوان وغير الحيوان . (وهذا قول[2] أبي حنيفة)[3] .

(والقول الثاني :[4] أنه لا يبرأ[5] من كلّ[6] عيب)[7] (يوجد ،سواء علمه ،أو لم يعلمه ، في الحيوان ،وغير الحيوان)[8]

---

(١) وهو أشهر الطرق وأصحّها لدى جمهور الشافعية .
أنظر: الفتح ٣٣٩/٨ ،والروضة ٤٧٠/٣ .

(٢) وبه قال أبو ثور ،كما روى عن ابن عمر ،وزيد بن ثابت أيضا : التكملة ٣٥٧/١٢ . وهورواية عن مالك : القوانين ٢٩٢ ، والإفصاح ٢٢٦/١ .وقول لأحمد مخرّج من روايته التى تجيز البراءة من المجهول : المغني لابن قدامة ١٣٥/٤ .

(٣) ما بين القوسين أثبته من ب ،جـ ،ولا يوجد في أ ،د . وانظر في مذهب أبي حنيفة ـ إضافة إلى المراجع السابقة ـ : البدائع ٣٨٠/٧ ،وفتح القدير ٣٩٦/٧ ،والتبيين ٤٣/٣ .

(٤) وهو رواية عن أحمد ،وبه قال إبراهيم النخعي ،والحكم ،وحمّاد ، كما روى عن عطاء ،والحسن ،واسحاق أيضا . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ،ولا يبرأ من عيب علمه . ويروى ذلك عن عثمان أيضا . انظر : المغني لابن قدامة ١٣٥/٤ .

(٥) د : "أنه يبرأ" بسقوط أداة النفي .

(٦) كل : ساقط من ب.

(٧) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٨) ما بين القوسين أثبته من ب. ولا يوجد في باقي النسخ .

والقول الثالث[١] : أنه يبرأ في الحيوان ممّا (لم يعلمه دون ما)[٢] علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان ، لا[٣] ممّا علمه ، ولا ممّا لم يعلمه .

فاذا قيل بالأول ـ إنه يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب[٤] أبي حنيفة ـ فوجهه قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم (" المؤمنون عند شروطهم "[٥] ولما روى أنّ رجلين اختصما إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم)[٦] في مواريث قد درست وتقادمت ، فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم : " إنكم لتختصمون[٧] إليّ ، ولعلّ أحدكم ألحن بحجّته[٨] ، فمن قضيت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذها ، إنما أقطع له قطعة من النار" فبكيا ، وقال كلّ واحد منهما : قد تركت حقّي لصاحبي . فقال النبيّ[٩] صلّى الله عليه وسلّم : " لا ولكن اقتسما ، واستهما[١٠] / وليحلل ١٢٨/أ

---

(١) وهو أظهر الأقوال وأصحّها لدى الشافعية . أنظر : الفتح ٣٣٩/٨ قال : ويروى عن مالك ، والروضة ٤٧٠/٣ ، والتكملة ٣٥٨/١٢ .

(٢) ما بين القوسين أثبته من ب ، جـ . وهو ساقط من أ ، د .

(٣) جـ : " إلاّ " وهو خطأ .

(٤) ب ، جـ : وهو قول .

(٥) تقدّم تخريجه في ص : ٢٦٠ .

(٦) ما بين القوسين ساقط من د .

(٧) ب جـ : تختصمون .

(٨) اللحن : الميل عن جهة الاستقامة يقال " لحن فلان في كلامه " إذا مال عن صحيح المنطق . وأراد : أنّ بعضكم يكون أعرف بالحجّة وأفطن لها من غيره . أنظر : النهاية لابن الأثير ٢٤١/٤ .

(٩) النبيّ : ليس في جـ .

(١٠) استهما : أي اقترعا . انظر : المختار ص ٣١٩ .

كل واحد منكما صاحبه ".(١)

فلمّا أمرهما بالتحلّل من المواريث المتقادمة المجهولة دلّ على جواز الإبراء من المجهول . ولأنّ الإبراء إسقاط حقّ ، فصحّ مجهولا ومعلوما(٢) ،كالعتق والطلاق(٣)(٤) . ولأنّ ما لا يفتقر إلى التسليم ،يصحّ مع الجهالة(٥) كالعتق(٦) ، وما يفتقر إلى التسليم ،لا يصحّ مع الجهالة كالبيع ،فلمّا كان الإبراء لا يفتقر إلى التسليم ،صحّ في المجهول .

وإذا قيل بالثاني ــ إنه لا يبرأ من عيب ــ فوجهه نهي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن الغرر ،والإبراء(٧) من المجهول غرر ؛ لأنه لا يقف له على قدر . ولأنّ الإبراء كالهبة ،غير أنّ الإبراء يختصّ(٨)

---

(١) روى هذا الحديث مطوّلا ومختصرا من حديث أمّ سلمة رضي الله عنها مرفوعا ،أخرجه البخاري ٢٣٥/٣ ،ومسلم ١٣٣٧/٣ ،وأبو داود ٣٠١/٣ ،والترمذي ٦٢٤/٣ ،والنسائي ٢٠٥/٨ ،وابن ماجة ٧٧٧/٢ ،ومالك في موطّئه ٧١٩/٢ ،وأحمد في مسنده ٣٢٠/٦ ،وابن أبي شيبة ٢٣٤/٧ ،وابن الجارود ص ٣٣٣ ، والدارقطني ٢٣٩/٤ ،والبيهقي ٦٦/٦.

(٢) د : معلوما ومجهولا .

(٣) والطلاق : ليس في جـ.

(٤) أي : أنّ المرء إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه ،أو طلّق إحدى زوجتيه لا بعينها ،وقع العتق والطلاق في واحد منهما لا بعينه ، وله أن يعيّن العتق والطلاق فيمن شاء منهما . راجع : المهذّب ٥/٢ ، ١٠١ ،والتنبيه ص ٩٧ ، ١١٦.

(٥) د : "في الجهالة" وهو خطأ .

(٦) كالعتق : ليس في جـ .

(٧) أ : "والغرر" والتصويب من باقي النسخ .

(٨) ب : اختصّ .

بما في الذمّة، والهبة بالأعيان القائمة، فلمّا لم يصحّ هبة المجهول، لم يصحّ الإبراء من المجهول. ولأنّ كلّ جهالة يمكن (١) الاحتراز منها لم يعف عنها، كالجهالة (٢) (بالمبيع إذا لم يره، وكل جهالة لم يمكن الاحتراز منها عفي عنها، كالجهالة) (٢) بتوابع المبيع، كالأساس، وأطراف الأجذاع، وطىّ البئر (٣)، فلمّا أمكن الاحتراز من الجهالة في الإبراء، وجب أن تكون الجهالة مانعة من صحّة الإبراء. ولأنّ الردّ بالعيب مستحق بعد لزوم العقد، فلم يجز أن يسقط (٤) بشرط قبل لزوم العقد؛ لأنه إسقاط حقّ قبل وجوبه، ألا ترى أنّ الشفيع لو عفا قبل الشراء، لم تسقط شفعته بعد الشراء؛ لأنه أسقطها قبل وجوبها، كذلك البيع بشرط البراءة.

وإذا قيل بالثالث — إنه يبرأ في الحيوان ممّا لم يعلمه دون ما علمه، ولا يبرأ في غير الحيوان مما علمه وممّا لم يعلمه — فوجهه قضاء عثمان (٥)، وهو ما روى: " أنّ زيد بن ثابت ابتاع من عبدالله بن عمر عبدا بثمانمائة درهم على شرط البراءة (٦)، فوجد زيد (٧) بالعبد عيبا، فأراد ردّه،

---

(١) يمكن: أثبته من ب، وفي أ، د: "لم يمكن" وهو خطأ. وفي جـ: " كل " وهو تصحيف ".

(٢) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٣) الطوّ: ضمن الشيء أو داخله. انظر: المعجم الوسيط ٢/ ٥٧٣.

(٤) من ب، جـ، د. وفي أ: " أن يشترط " وهو تصحيف.

(٥) جـ: عثمان رضي الله عنه.

(٦) د: على الشرط بالبراء.

(٧) زيد: ساقط من جـ.

على ابن عمر ،فلم يقبله ،فتحاكما فيه (١) إلى عثمان بن عفّان رضي الله عنه ،فقال لابن عمر (٢) : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فاتّقى اليمين ،فاستردّ العبد ،فباعه بألف وستّمائة درهم ،وقال : تركت اليمين لله تعالى (٣) ،فعوّضني (٤) عنها (٥) ". (٦)

فقد قضى عثمان (٧) بالفرق في عيوب الحيوان بين ما علم وبين (٨) ما لم يعلم ،وحكم بالبراءة ممّا لم يعلم ،وتابعه زيد ،وابن عمر، (٩) لأنّ زيدا رضي الله عنه (١٠) رضي بقضائه . وابن عمر لم يقل بخلافه ، وانما امتنع من قبوله ،لأنّ العيب ممّا لم يعلم به.

---

(١) فيه : ليس في أ ،د . وأثبته من ب ،جـ.

(٢) لابن عمر : ليس في أ ،د . وأثبته من ب ،جـ.

(٣) تعالى : ليس في ب ،جـ.

(٤) د : فعوّضني الله.

(٥) عنها : ليس في ب ،جـ.

(٦) رواه مالك في موطّئه ٢/٦١٣ والبيهقي في سننه ٥/٣٢٨ وصحّحه وذكر كلاهما أنه باعه في المرّة الثانية بألف وخمسمائة درهم ،وابن أبي شيبة ٦/٢١٢ ،وعبد الرزّاق ٨/١٦٢ كلهم بمعناه ، ولم يسمّ أحد منهم المشترى . وراجع أيضا : التكملة ١٢/٣٥٦، والتلخيص الحبير ٣/٢٤.

(٧) جـ : "عثمان رضي الله عنه " د : "عمر " وهو خطأ.

(٨) بين : ليس في جـ ، د .

(٩) جـ : بزيادة : "رضي الله عنهما ".

(١٠) رضي الله عنه : ليس في ب ،جـ.

فان قيل : فاذا كان هذا إجماعا ،فهلّا استدلّ الشافعي به ، ولم يجعله تقليدا لعثمان ؟ قيل : لأنّ التصريح بالحكم إنما كان من عثمان ،دون زيد بن ثابت [١] ،وابن / عمر - وإنما كان إساكهما اتباعا لعثمان رضي اللّه عنه . [٢] ١٢٨/ب

فان قيل : لم قلّد عثمان في هذا الحكم ،والتقليد عنده ليس بحجّة؟ [٣] قيل : لأنّ قول عثمان في هذا الموضع حجّة على مذهب الشافعي رحمه اللّه [٤] ، في القديم والجديد ، وان لم يجز التقليد عنده. أمّا على قوله في القديم ،فلأنه كان يرى قول الواحد من الصحابة إذا انتشر ولم يظهر خلافه حجّة يقدّم على القياس ، لا سيّما إذا كان إماما . وأمّا على قوله في الجديد ، فلأنه يرى أنّ قياس التقريب إذا انضمّ إلى قول صحابي ،كان أولى من قياس التحقيق [٥] وقد انضمّ إلى قضاء

---

(١) ب ،جـ : " زيد " فقط.

(٢) رضي اللّه عنه : ليس في ب ،جـ.

(٣) أنظر في معنى التقليد وحكمه : الإحكام للآمدى ٣/٢٤٥ وفيه : " أمّا التقليد: فعبارة عن العمل بقول الغير من غير حجّة ملزمة ،وهو مأخوذ من تقليده بالقلادة ،وجعلها في عنقه ،وذلك كالأخذ بقول العاميّ ،وأخذ المجتهد بقول من هو مثله . وعلى هذا فالرجوع إلى قول النبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم ،وإلى ما أجمع عليه أهل العصر من المجتهدين ،ورجوع العاميّ إلى قول المفتى ، وكذلك عمل القاضي بقول العدول ،لا يكون تقليدا ،لعدم عدوله عن الحجّة الملزمة » ومقدّمة الحاوى للماوردى ٩/ب ،وروضة الناظر ص ٢٠٥ ، وارشاد الفحول ص ٢٦٥.

(٤) رحمه اللّه : ليس في باقي النسخ .

(٥) تقدّم معنى قياس التحقيق والتقريب في ص : ٥٦٩.

عثمان قياس تقريب فصار به [١] حجّة يقدّم على قياس التحقيق ، وهو ما ذكره الشافعي من أنّ الحيوان يفارق ما سواه ، لأنه يغتذى بالصحّة والسقم ، وتتحوّل [٢] طبائعه [٣] ، وقلّما يخلو من عيب ، وإن خفي ، فلم يمكن الاحتراز من عيوبه الخفيّة [٤] بالإشارة إليها ، والوقوف [٥] عليها ، وليس كذلك غير الحيوان ، لأنه قد يخلو من العيوب ، ويمكن الاحتراز منها بالإشارة إليها لظهورها ، فدلّ على افتراق الحيوان وغيره من جهة المعنى ، مع ما ذكره من قضيّة [٦] عثمان . [٧]

- فصل -

فاذا تقرّر ما ذكرنا من توجيه الأقاويل ، انتقل الكلام إلى التفريع عليها . فاذا قلنا بالقول الأوّل - إنه يبرأ من كلّ العيوب - فانما يبرأ من كلّ عيب كان به قبل العقد ، سواء كان معلوما ظاهرا ، أو غير معلوم خفيّ . وأمّا ما حدث به من العيوب بعد العقد وقبل القبض فانه لا يبرأ منها ، وللمشترى فسخ البيع بها ، وانما لم يبرأ منها لحدوثها ، وأنّ الإبراء لا يصحّ من الحقوق قبل وجوبها . فلو اختلفا في العيب

---

(١) به : ساقط من ب ، جـ . وفي ب : " فصارا " .

(٢) جـ ، د : يحول .

(٣) ب ، د : طباعه .

(٤) من ب ، جـ ، د . وفي أ : " الا الخفيّة " وهو خطأ .

(٥) د : والوقف .

(٦) ب ، د : من قصّة .

(٧) راجع في المسألة : التنبيه ص ٦٦ ، والمهذّب ٢٩٥/١ ، والحلية للروياني ٧٥/ب ، والفتح ٣٣٨/٨ ، والروضة ٤٧٠/٣ ، والتكملة ٣٥٦/١٢ ، والمغني ٥٣/٢ ، والنهاية ٣٦/٤ ، وشرح المحلّى ٢٠٠/٢ ، ورحمة الأمّة ص ١٤٢ .

فقال المشترى : هو حادث بعد العقد وقبل القبض فلي فسخ البيع به وقال البائع : هو متقدّم قد برّئت منه ،فليس لك الفسخ به ،وأمكن ماقالاه ففيه وجهان [١] من اختلاف أصحابنا في العلّة في اختلاف [٢] البائع والمشترى في العيب إذا ادّعى [٣] المشترى تقدّم العيب ليفسخ بـه العقد ،(وادّعى البائع تأخّر العيب ليمنع من الفسخ ،فالقول قـول البائع [٤] في تـأخّر العيب ،ولا يملك المشترى الفسخ) [٥].

لكن [٦] اختلف أصحابنا في العلّه الموجبة لذلك . فمنهم من قال : إنّ العلة فيه أنّ [٧] حدوث العيب يقين ،وتقدّمه شكّ . ومنهم من قال : إنّ العلّة فيه [٨] أنّ [٩] دعوى المشترى يقتضي الفسخ ،ودعـوى البائع يوجب الإمضاء.

---

(١) انظر : تكملة السبكي ١٢/ ٣٧٢ ،والمغني ٢/ ٥٣ ذكراهما نقلا عن الحاوى . قال الشربيني : ويؤخذ من كلام المصنف أنّ البائع هو المصدّق .

(٢) من ب ،جـ . وفي أ ،د : " واختلاف "" وهو خطأ .

(٣) من ب ،جـ. وفي أ ،د : " فادّعى ".

(٤) أى مع يمينه. راجع : التنبيه ص ٦٧ ،والحلية للروياني ٧٥/أ والمنهاج مع المغني ٢/ ٦١.

(٥) هكذا في أ ،د . وفي ب ،جـ توجد ما بين القوسين عبارة : " وادّعى البائع حدوثه في يد المشترى ليمنعه فسخ البيع أنّ القول قول البائع في حدوث العيب ،ولا فسخ للمشترى ".

(٦) لكن : ليس في جـ.

(٧) أنّ : ساقط من جـ.

(٨) فيه : أثبته من ب ،جـ . وليس في أ ،د .

(٩) أنّ : ليس في د .

فعلى قول / من علّل بأنّ حدوث العيب يقين وتقدّمه شكّ ١٢٩/أ

(فكان اليقين أولى أن يجعل القول في هذه المسألة قول المشترى) (١) ،

ويجعل له الفسخ ،لأنّ دعواه يقتضي (٢) حدوث العيب (٣) دون

تقدّمه .

وعلى قول من علّل بأنّ ما أوجب الإمضاء أولى ممّا اقتضى الفسخ ،

فجعل القول في هذه المسألة قول البائع ،ويمنع المشترى من الفسخ ، لأنّ

دعوى البائع يقتضي الإمضاء دون الفسخ .

وإذا قلنا بالقول الثاني - إنه لا يبرأ من شيء من العيوب -

فقد بطل (٤) اشراط البراءة فعلى هذا هل (٥) يبطل البيع ببطلان

الشرط أم لا ؟ على وجهين (٦) :

أحدهما - وهو قول أبي العبّاس بن سريج - : أنّ البيع

صحيح والشرط باطل ،لأنّ الشرط من توابع المبيع ،فلم يعمل في صحّته (٧) .

والوجه الثاني - وهو قول جمهور أصحابنا - : أنّ البيع باطل ،

لبطلان الشرط ،لأنّه شرط نافى موجب العقد كسائر الشروط المبطلة للعقد .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) ب ،جـ : يتضمّن .

(٣) العيب : ساقط من جـ .

(٤) د : فهذا يبطل .

(٥) هل : ساقط من جـ .

(٦) انظر : الفتح ٨/٣٤٠ وفيه : "أظهرهما : أنه يصحّ ،لاشتهار القصّة المذكورة بين الصحابة رضي الله عنهم ،وعدم إنكارهم ،وأيضا فانه شرط يؤكّد العقد ويوافق ظاهر الحال ،وهو السلامة عن العيوب " والروضة ٣/٤٧١ وقال عن الوجه الأول بانه الأصحّ ، وشرح المحلّى ٢/٢٠٠ .

(٧) ب ،جـ : فلم يقدح في صحّة البيع .

واذا قلنا بالقول الثالث ـ إنه لا يبرأ من عيوب غير الحيوان ، ويبرأ ممّا لم يعلمه من عيوب الحيوان ـ فقد اختلف أصحابنا في المراد بما لم يعلمه على وجهين : (١)

أحدهما : أنّ المراد به ما لم يكن معلوما لخفائه سواء علمه البائع أو لم يعلمه .

والثاني : أنّ المراد به (٢) ما لم يعلمه البائع لجهله به ، سواء كان ظاهرا أو خفيّا . والله أعلم. (٣)

*   *   *

---

(١) انظر : الفتح ٨/ ٣٤١ ، والروضة ٣/ ٤٧١ .

(٢) به : ساقط من ب.

(٣) جـ : والله تعالى أعلم بالصواب .

[- باب الاستبراء في البيع -] (١)

قال الشافعي رحمه الله (٢) : (وإذا باعه جارية لم يكن لواحد منهما (٣) فيها مواضعة (٤) فإذا دفع الثمن ، لزم البائع التسليم ، ولا يجبر واحد منهما على إخراج ملكه من يده إلى غيره) إلى آخر الفصل . (٥)

ومقدّمة هذه المسألة أنّ الأمة المشتراة يجب استبراؤها (٦) ، (لكن اختلفوا هل يجب استبراؤها) (٧) على البائع أو على المشترى ؟

---

(١) م : باب بيع الأمة .

(٢) ب ، د : "رضي الله عنه " م : "الشافعي " فقط .

(٣) م : لأحد منهما .

(٤) والمراد : وضعها عند عدل ، بل تسلّم الجارية لمشتريها ، وعليه أن لا يطأها حتى يستبرئها . أنظر : المصباح ص ٦٦٣ .

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/١٩٦ وتمام الكلام : "ولو كان لا يلزم دفع الثمن حتى تحيض وتطهر ، كان البيع فاسدا ، للجهل بوقت دفع الثمن . وفساد آخر أنّ الجارية لا مشتراة شراء العين فيكون لصاحبها أخذها ، ولا على بيع الصفة فيكون الأجل معلوما ، ولا يجوز بيع العين إلى أجل . "

(٦) الاستبراء لغة : طلب البراءة ، وشرعا : تربّص الأمة مدّة بسبب ملك اليمين حدوثا أو زوالا ، لمعرفة براءة الرحم ، أو للتعبّد . " انظر : المغني ٣/٤٠٨ ، وشرح المحلى ٤/٥٨ .

(٧) ما بين القوسين ساقط من جـ .

فمذهب الشافعي [١] وأبي حنيفة [٢] ومالك [٣] وجمهور الفقهاء [٤] أنّ الاستبراء يجب على المشترى في ملكه دون البائع.

وقال عثمان البتّي [٥] : الاستبراء واجب على البائع دون المشترى وقال الحسن البصرى ، وابراهيم النخعي ، وسفيان [٦] الثورى [٧] : أنّ

---

(١) انظر : التنبيه ص ١٢٧ ، والمهذّب ٢ / ١٥٤ ، والروضة ٨ / ٤٢٧ ، وفيها : " لا يجب على بائع الأمة استبراؤها قبل البيع ، سواء وطئها أم لا ، لكنه يستحبّ إن كان وطئها ليكون على بصيرة منها " والمنهاج مع المغني ٣ / ٤٠٨.

(٢) انظر : مختصر الطحاوى ص ٩٠ ، وتحفة الفقهاء ٢ / ١٦٦ وفيها : "إنّ الاستبراء ، يجب على المشترى ، ويستحبّ للبائع " والمبسوط ١٣ / ١٥١ والبدائع ٧ / ٣٢٦٩.

(٣) قلت : مذهبه الذى يوجد في كتب أصحابه وغيرهم هو : أنه يجب على البائع والمشترى كليهما ، ولكنهما لو اتفقا على استبراء واحد ، جاز. انظر: القوانين ص ٢٦٥ ، والخرشي ٤ / ١٦٣ ، وتحفة الفقهاء ٢ / ١٦٦ ، والمبسوط ١٣ / ١٥١ ، ونيل الأوطار ، ٦ / ٣٤٥.

(٤) انظر : المغني ٨ / ١٤٨ لابن قدامة وفيه : " وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم ".

(٥) انظر : المرجع السابق.

(٦) قلت : وهو أيضا رواية عن أحمد : المغني لابن قدامة / ٨ / ١٤٨ . وحكى عن الهادى ، والناصر ، ومالك : نيل الأوطار ٦ / ٣٤٥.

(٧) هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى ، من بني ثور بن عبد مناة ، من مضر . أمير المؤمنين في الحديث ، وأحد أئمة تابعي التابعين ، كان صاحب مدرسة فقهية متبوعة ، ثم انقرض أتباعه ، له من الكتب " الجامع الكبير " و " الجامع

===

الاستبراء واجب على البائع وعلى (١) المشترى .

فأمّا عثمان البتّي فانه استدلّ بأنّ الحرّة لمّا وجب استبراؤها قبل عقد النكاح ، اقتضى أن تكون الأمة يجب استبراؤها قبل عقد البيع.

وأمّا الحسن البصرى ومن تابعه فانه استدلّ بأنّ الاستبراء يجب لحفظ الماء ،فوجب على البائع أن / يستبرى لحفظ مائه السالف ، ١٢٩/ب
ووجب على المشترى أن يستبرى لحفظ مائه الآنف.

والدلالة على الفريقين : ما روى أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم قال لأصحابه في سبي هوازن : " ألا لا توطأ حامل ،حتى تضع ،ولا حائل حتى تحيض " (٢) فوجه الدليل منه على عثمان البتّي أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم نهى الغانمين عن الوطء حتى يستبرؤا بعد حدوث الملك ،فوجب أن يكون الاستبراء في المبيعة بعد حدوث الملك وموضع الدليل منه على الحسن البصرى أنه نهى عن الوطء حتى يوجد استبراء واحد (٣) ،وهو يمنع منه حتى يكون الاستبراء مرتين .

ثم الدليل عليهم (٤) من طريق المعنى أنّ البائع لا يجب عليه

=== الصغير " كلاهما في الحديث ،وكتاب في الفرائض . ولد بالكوفة سنة ٩٧ هـ ،وتوفي بالبصرة سنة ١٦١هـ . انظر ترجمته في : الجرح ٥٥/١ ،وتاريخ بغداد ١٥١/٩ ،وتهذيب الأسماء ٢٢٢/١ ،والأعلام ١٥٨/٣.

(١) على : ليس في د .

(٢) تقدّم تخريجه في ص : ٦٨١ هامش : ١.

(٣) من ب،جـ،د وفي أ : " الواحد ".

(٤) ب ،جـ : عليهما .

استبراء ، هو : [١] أن بقاء ملك البائع [٢] يوجب [٣] إباحة الاستمتاع ، فلو وجب عليه أن يستبرأ لكان [٤] الملك باقيا ، والاستمتاع محرّما ، وإرادة البيع لا توجب انتقال الملك ، فوجب أن لا توجب تحريم الاستمتاع . ولأنّ الأمة موطوءة في ملك ، فاقتضى أن يجب استبراؤها بعد زوال الملك كالزوجة.

وأمّا الجواب عن استدلال عثمان البتّي بأنّ الحرة لمّا وجب استبراؤها قبل عقد النكاح ، اقتضى أن يجب استبراء الأمة قبل عقد البيع ، فمن وجهين :

أحدهما : أنّ الحرّة لمّا لم يجز عقد نكاحها إذا كانت محرّمة بنسب أو رضاع ، (لم يجز عقد نكاحها إلاّ بعد الاستبراء ، ولمّا جاز ابتياع [٥] الأمة وإن كانت محرّمة بنسب أو رضاع) [٦] ، جاز ابتياعها قبل الاستبراء.

والثاني : أنّ معنى الحرّة والأمة متفق في أنّ [٧] الاستبراء بعد زوال الملك ، إلاّ أنّ الحرّة يزول الملك عن بضعها إلى غير مالك ،

---

(١) جـ : وهو .

(٢) ب : الملك للبائع .

(٣) جـ : " لا يوجب " وهو خطأ .

(٤) ب : " أن يشترى لمكان " وهوتصحيف .

(٥) من ب ، د . وفي أ : " جاز أن ابتياع " وهو خطأ .

(٦) ما بين القوسين ساقط من جـ .

(٧) أنّ : ليس في أ ، د . وأثبته من ب ، جـ .

فيعقبه الاستبراء ،والأمة يزول الملك عن رقبتها الى مالك فيعقبه الاستبراء .

وأمّا الجواب عن استدلال الحسن بأنهما (١) ماآن ، فوجب لكلّ واحد منهما استبراء ماء (٢) ،فهو (٣) أنّ الاستبراء لماء واحد ، وهوالبائع السالف دون المشترى الآنف . ألا ترى أنّ استبراء الحرّة أغلظ من استبراء الأمة ،لأنها تستبرأ بثلاثة أقراء (٤) ،والأمة بقرء واحد ، فلمّا وجب على الحرّة استبراء (٥) واحد مع تغليظ حالها (٦) ،فالأمة مع خفّة أمرها أولى أن يلزمها استبراء واحد .

- فصل -

فاذا ثبت أنّ استبراء الأمة يجب في ملك المشترى دون البائع ، فللمشترى أن يتسلّمها ليكون الاستبراء على يده ،سواء كانت جميلة أو قبيحة. (٧)

وقال مالك (٨) : إن كانت جميلة وجب أن توضع في مدّة الاستبراء على يد عدل ،وإن كانت قبيحة جاز أن تستبرأ في يد المشترى ؛

---

(١) ج : " فانهما " وهوتصحيف.

(٢) ماء : أثبته من ج ،ولا يوجد في باقي النسخ .

(٣) ج : " وهو " ويأباه السياق.

(٤) أقراء جمع قرء بفتح القاف ،من الأضداد يطلق على الحيض، وعلى الطهر . انظر : المختار ص ٥٢٦ .

(٥) استبراء : ساقط من ج.

(٦) د : " حالهما " وهو خطأ.

(٧) انظر : المحلّى لابن حزم ٨/٤٢٧ ،وفيه : " وهو قول أبي حنيفة والشافعي ،وأبي سليمان ".

(٨) قلت : هذا هو مذهب مالك المشهور عنه ،وقيل : ===

لأنّ الجميلة تدعوه (١) الشهوة إليها ،فلا يؤمن / من المشترى ١٣٠/أ
أن تغلبه الشهوة على وطئها قبل الاستبراء وليس كذلك القبيحة.

ودليلنا : أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمر الغانمين بالاستبراء
بعد حصول السبي (٢) بأيديهم ،فكذلك المشترى.(ولأنه استبراء لاستحداث
ملك ،فوجب أن يكون عند المشترى) (٣) كالقبيحة (الوخشة (٤). ولأنّ كلّ
سبب إذا ملك به (٥) القبيحة) (٦) كان استبراؤها عند المالك ،(فوجب
إذا ملك به (٧) الجميلة أن يكون استبراؤها عند المالك) (٨) كالسبي ،
فإن (٩) مالكا يوافق عليه . ولأنه سلّم ما لزمه من الثمن ، فوجب أن
يستحقّ تسليم الثمّن (١٠) كسائر المبيعات. ولا يدخل عليه السلم ؛

=== إنّ المواضعة مستحبّة وليست بواجبة . راجع : المرجع السابق ،
والمنتقى ٤/ ٢٠٢،والقوانين ص ٢٦٥ ،والبيان والتحصيل ٤/ ٨١.

(١) جـ : تدعو.

(٢) ب : "الشيء" وهو خطأ.

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) الوخش : رذالة الناس وصغارهم ،يكون للواحد والاثنين والجمع،
والمذكر والمؤنث بلفظ واحد ،وربما جاء مؤنثه بالهاء.
انظر : اللسان ٦/ ٣٧١.

(٥) ب : "ملكت به" في الموضعين

(٦) مابين القوسين ساقط من جـ.

(٧) به : ليس في جـ.

(٨) ما بين القوسين ساقط من د .

(٩) ب : وان.

(١٠) د : "الثمن" وهوخطأ .

لأنه لم يلزمه تسليم الثمّن.(١) ولأنه لو وجب منع المشترى منها حتّى تستبرأ ،لبطل من وجهين : أحدهما : أنه عقد على عين لزم فيه تاخير القبض . وهذا باطل . والثاني : جهالة مدّة الاستبراء تجعل الأجل مجهولا . وهذا باطل.

وأمّا احتجاج مالك بأنه لا يؤ من من المشترى غلبة شهوته فهذا المعنى موجود في العدل الموضوعة على يده ،وموجود في القبيحة إذا سلّمت إلى المشترى ،فلمّا لم يكن هذا المعنى مانعا من تسليم الوخشة(٢) إليه ،فكذلك لا يمنع من تسليم الجميلة إليه.(٣)

- فصل -

فاذا ثبت أنّ للمشترى أن يستبرئها على يده ، فلا يخلو حال استبرائها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تستبرأ على يد المشترى ،فيصحّ الاستبراء ، وتصير مضمونة على المشترى(٤) بالقبض .

والقسم الثاني : أن تستبرأ على يد عدل ،فيجزئ هذا الاستبراء

---

(١) في النسخ : "الثمن " وهو خطأ ،وذلك لأنّ السلم يجب فيه تسليم الثمن في المجلس ،وإلاّ بطل السلم ،والثمّن هو الذى لا يجب تسليمه فيه عاجلا ، بل يكون في الذمّة مؤجّلا .

(٢) من د ،وفي باقي النسخ " الوحشه " بالحاء المهملة ، وهوخطأ.

(٣) د : بزيادة : " والله أعلم ".

(٤) على المشترى : ساقط من د .

فأمّا ضمانها فلا يخلو حال من اختار العدل من ثلاثة أمور : إمّا أن يختاره البائع فتكون الأمة من ضمانه ، لأنه ينوب عمّن اختاره . وإمّا أن يختاره المشترى فتكون من ضمانه لأنه [1] ينوب عنه . وإمّا أن يختاره [2] البائع مع المشترى [3] ، فتكون من ضمان البائع دون المشترى ، لأنّ يد البائع لم تزل .

والقسم الثالث : أن تستبرأ في يد البائع بعد تمام البيع وقبل القبض فيصحّ هذا الاستبراء .

وقال أبو حنيفة [4] : لا يصحّ استبراؤها في يد البائع حتّى يستبرئها المشترى في يده . وهذا غلط ، لأنه استبراء في ملكه فوجب أن يجزئ كما لو كان [5] في يده .

- فصل -

فاذا ثبت وجوب الاستبراء بعد حدوث الملك ، فكلّ من استحدث ملك أمة ببيع ، أو هبة ، أو ميراث ، أو سبي ، فعليه الاستبراء ، سواء كانت فراشا لغيره أم لا ، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة ، بكرا أو ثيّبا [6] ،

---

(١) جـ : " لا " أى بسقوط الحرفين الأخيرين من " لأنه ".

(٢) جـ : والثالث أن يختاره .

(٣) ب ، جـ : والمشترى .

(٤) انظر : مختصر الطحاوى ص ٩٠ ، وتحفة الفقهاء ٢ / ١٦٨ وفيها : " هذا هو المشهور من مذهب أصحابنا جميعا ، وروى عن أبي يوسف أنه يجزيه الاستبراء قبل القبض " والمبسوط ١٣ / ١٤٧ ، والبدائع ٧ / ٣٢٧٤ .

(٥) أ د : " لو كانت " والتصويب من ب ج .

(٦) انظر : الروضة ٨ / ٤٢٧ ، والمنهاج مع المغني ٣ / ٤٠٨ ، والنهاية ٧ / ١٦٤ .

ويحرم في مدّة الاستبراء وطؤها ولا يحرم استخدامها [١] . فأمّا الاستمتاع بها فيما سوى الوطء من القبلة والمضاجعة ،فمعتبر [٢] بحال / الأمة ، ١٣٠/ب فان كانت فراشا [٣] من قبل ذلك [٤] لسيّد أو زوج ،(حرم الاستمتاع بها ،لجواز أن تكون أمّ ولد لغيره ،أوفي بقايا عصمة من زوج) [٥] .
وان لم تكن فراشا يوجب لحوق النسب بغيره كالتي لم يطأها سيّد ولا زوج ،أوكالسبايا ، لم يحرم الاستمتاع بقبلتها ومضاجعتها [٦] ،وان حرم وطؤها ،لأنها [٧] لو ظهر بها حمل (، لكانت له أمة مباحة ، بخلاف المستفرشة التي إن [٨] ظهر بها حمل) [٩] ،كانت [١٠]

---

(١) ولا يحرم استخدامها ،ساقط من د .
(٢) د : فيعتبر.
(٣) الفراش : يكنّى به عن الزوجين ،كما يسمّى كل واحد منهما لباسا للآخر. وأفرشت الرجل امرأة : زوّجته إياها "فافترشها" أى تزوّجها . أنظر : المصباح ص ٤٦٨.
(٤) ذلك : ساقط من د .
(٥) ما بين القوسين ساقط من أ ،وأثبته من باقي النسخ .
(٦) قلت : لا يوجد في كتب المذهب التفريق بين المفروشة ، وغير المفروشة بل أطلقوا القول في حرمة الاستمتاع بغير المسبيّة ،وحكوا في المسبيّة وجهين : أصحّهما جواز الاستمتاع بها بما دون الوطء . راجع : المهذّب ١٥٥/٢ ،والروضة ٤٣١/٨ ،والمنهاج مع المغنى ٤١٢/٣ ،والنهاية ١٦٩/٧، وشرح المحلّى ٦١/٤.
(٧) ج : لأنه .
(٨) إن : ساقط من ج.
(٩) ما بين القوسين ساقط من د .
(١٠) ج : "فكانت" وهو خطأ .

عليه محرّمة. فأمّا ما يكون به الاستبراء فيذكر في موضعه من كتاب العدد [١] إن شاء الله تعالى .

- فصل - [٢]

فلو ابتاع أمة ، وكانت في عدّة من زوج ، وجب عليها أن تكمل ما بقي من عدّة الزوج ، ثم يستبرئها المشترى من بعد ، ولا يكون مابقي من العدّة نائبا [٣] عنها وعن الاستبراء لاختلافهما في السبب والحكم ، لأنّ العدّة تجب بزوال الملك عن البضع ، والاستبراء يجب لحدوث الملك

---

(١) وقد جاء في كتاب العدد (١٥/ ٢٨٤ نسخة جـ) : فالذى يكون به الاستبراء ما قدّمناه في استبراء أمّ الولد ، فان كانت حاملا فبوضع الحمل ، وان كانت من ذوات الشهور فعلى قولين : أحدهما : تستبرأ بشهر واحد . والثاني : بثلاثة أشهر . وان كانت من ذوات الحيض والطهر فاستبراؤها بقرء واحد . والذى نصّ عليه ههنا : أنّ المعتبر فيه الحيض ، فتستبرأ نفسها بحيضة كاملة ... وفيه وجه ثان ذهب إليه كثير من أصحابنا : أنّ الاعتبار فيه بالطهر كالحرّة ... وفيه وجه ثالث ذهب إليه البصريون من أصحابنا : أنّ كلا الأمرين من الحيض والطهر معتبر مقصود ، لأنه لما تفرّد استبراء الأمة بقرء واحد جمع فيه بين الأمرين تقوية لحكمه وزيادة في الاستظهار به ".
وراجع في المسألة أيضا : المهذّب ٢/ ١٥٤ ، والتنبيه ص ١٢٢ ، والمنهاج مع المغني ٤/ ٤١١ ، والنهاية ٧/ ١٦٨ .

(٢) ب ، جـ : فصل آخر .

(٣) أ ، د : "نائب" والتصويب من ب ، جـ .

للرقبة مع اختلافهما في القدر فلم يجز مع اختلافهما من هذين الوجهين أن يتداخلا.[1]

وكذا لو أنّ[2] السيّد زوّج أمته، ثم طلّقها الزوج فعلى السيّد إذا عادت إليه بعد طلاق الزوج أن يستبرئها؛ لأنه استحدث إباحة بضعها بالملك بعد تحريمه عليه. فان كان الزوج قد طلّقها قبل الدخول، فعلى السيّد الاستبراء، ولا عدّة، وان كان الزوج قد طلّقها بعد الدخول، فعليها العدّة من فراق الزوج، ثم الاستبراء لاستمتاع السيّد، ولا تنوب العدّة عن الاستبراء، كما لا ينوب الاستبراء عن العدّة.[3]

ولو كاتب السيّد أمته، ثم عادت إليه بالعجز حرم عليه وطؤها إلّا بعد الاستبراء؛ لأنها بالكتابة قد[4] حرمت عليه.[5] ولكن لو

---

(١) حكى الأصحاب فيه قولين. أظهرهما: يجب الاستبراء على المشترى. والثاني: لا يجب. ومدار الخلاف هو هل الموجب للاستبراء حدوث ملك الرقبة مع فراغ محلّ الاستمتاع، أو أنّ الموجب حدوث حلّ الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين؟ فعلى الأوّل لا يجب الاستبراء عند انقضاء العدّة؛ لأنه لم يحدث حينئذ ملك، وعند حدوثه لم يكن محلّ الاستمتاع فارغا. وعلى الثاني: يجب. انظر الروضة ٨/٤٢٩ والمنهاج مع المغني ٣/٤٠٩، وشرح المحلى ٤/٥٩.

(٢) ج: "لو كان أذن" وهو خطأ.

(٣) هكذا جزم الشربيني وقليوبي أيضا بوجوب الاستبراء وعدم الاكتفاء بالعدّة. وحكى الشيرازى والنووى في ذلك وجهين. انظر إضافة إلى المراجع السابقة: المهذّب ٢/١٥٥، والتنبيه ص١٢٧.

(٤) قد: لا يوجد في د.

(٥) انظر: التنبيه ص١٢٧، والروضة ٨/٤٢٧، والمنهاج مع المغنى ٣/٤٠٨، وشرح المحلّى ٤/٥٨.

آجرها ،أو رهنها ،ثم عادت إليه ،لم يلزمه[١] الاستبراء ؛لأنها لم تحرم بالرهن والإجارة.[٢]

فلو أنّ رجلا باع أمته ،ولم يقبضها المشترى حتى تفاسخا البيع بعيب أو إقالة ،وجب على البائع الاستبراء ،وإن لم تخرج عن يده ،لأنّ ملكه زال بالبيع ،ثم استحدثه بالفسخ[٣] ،ولكن لو تفاسخا في خيـــار المجلس أو خيار الثلاث ،كان في وجوب الاستبراء قولان من اختلاف أقاويله في انتقال الملك.[٤]

- مسألـــة -

قال الشافعي[٥] : (ولا للمشترى أن يأخذ منه حميـــلا بعهدة ،ولا بوجه وإنما التحفّظ قبل الشراء.)[٦]

إذا اشترى أمة لم يكن للمشترى مطالبة البائع بضامن عهدة،[٧] أو كفيل بنفس[٨] ، خوفا من استحقاق الأمة ،أو أن تكون أم ولد ، سواء

---

(١) ج : لا يلزمه.

(٢) انظر : المهذّب ٢/ ١٥٥ وفيه : " لأنّ بالرهن لم يزل ملكـــه عن استمتاعها ،لأنّ له أن يقبّلها وينظر إليها بالشهوة ،وانما منع من وطئها لحقّ المرتهن ،وقد زال حقّه بالفكاك ، فحلّت له ".

(٣) انظر: المرجع السابق ،والروضة ٨/ ٤٢٧.

(٤) د : بعده زيادة " والله أعلم".

(٥) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه.

(٦) انظر : مختصر المزني ٢/ ٢٠٠.

(٧) جـ : بضامن من عهدة.

(٨) من ب ،جـ . وفي أ ،د : كفيلا بنفس.

كان البائع غريبا (١) من أهل البلد ،أم لا . (٢)

وقال مالك (٣) : إن كان غريبا كان للمشترى مطالبته بكفيل نفس ،أو ضمين لعهدة ،استيثاقا لحقّه ،فان لم يقم كفيلا أو ضامنا ،كان للمشترى فسخ البيع إن شاء / ١٣١/أ

وهذا خطأ من وجهين :

أحدهما : أنّ ظاهر الحال سلامتها ،فلم يجز أن يعدل عن الظاهر بالظنّ (٤) .

والثاني : أنه قد كان يقدر على التحفّظ من ذلك قبل الشراء بأن يشترط كفيلا أو ضامنا في عقد الشراء ،فلم يستحقّ استدراك ذلك بعد الشراء . ألا ترى أنه (٥) لو باع على غريب (٦) شيئا بثمن إلى أجل ، لم يستحقّ مطالبة المشترى بضامن للثمن لامكان التحفّظ منه في العقد بالشرط .

---

(١) د : "عربيا" في الموضعين ،وهو خطأ.
(٢) في جـ : وقع بعده خطأً زيادة "لحقه".
(٣) لم أعثر على مذهبه .
(٤) د : "بالباطن" وهوتصحيف .
(٥) أنه : ليس في ب ،جـ.
(٦) د : "على عيب" وهوتصحيف .

- فصـــل -

فأمّا قول الشافعي (١) "حميلا (٢) بعهدة" يريد ضمان الدرك (٣). وقوله "ولا بوجه" يريد كفالة النفس (٤). "وانما التحفّظ قبل الشراء" يريد إذا اشترطه في العقد.

* * *

---

(١) ب: الشافعي رضي الله عنه.

(٢) جـ: كفيلا.

(٣) تقدّم تعريفه في ص: ٤٦٥ هامش (٢).

(٤) وتسمّى كفالة البدن أيضا. وهي: التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليه. راجع: المغني ٢/٢٠٣، والنهاية ٤/٤٤٥.

[- باب بيع المرابحـــــــه -] (1) من كتب

قال الشافعي رحمه الله (2) : (واذا باع مرابحة على العشرة واحد (3) ،وقال قامت عليّ بمائة درهم (4) ،ثم قال : أخطأت ،وانما (5) قامت عليّ بتسعين ، فهي واجبة للمشترى برأس مالها وحصته (6) من الربح .) (7)

وهذا صحيح ،وجملة البيوع ثلاثة : بيع مساومة ،وبيع مرابحة ، وبيع مخاسرة. (8) . فأمّا بيع المساومة فمتفق على جوازه ، وهـــــو

---

(1) م: باب البيع مرابحة.

(2) د : رضي الله عنه .

(3) ب : "واحدا" ج : "واحدة".

(4) درهم : أثبته من م ،ولا يوجد في النسخ .

(5) ب ، ج ،م : ولكنها .

(6) ج : "لحصّته" وبدون الواو.

(7) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٠.

(8) ويسمّى بيع الوضيعة ،والمواضعة ،والمحاطّة أيضا . ويأتي تعريفها والأحكام المتعلقة بها في ص : ٩٧٧ ومابعدها.
قلت : وهناك أنواع أخرى من البيوع لم يذكرها الماوردى هنا . منها : بيع التولية ،وهو بيع المبيع بمثل الثمن الأوّل : المغني ٧٦/٢ ،وشرح المحلّى ٢٢٠/٢ ،ومنها : بيع المزايدة وهو : أن ينادى على السلعة ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض ، حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها . ومنها : الاسترسال ، وهو أن يقول الرجل للبائع : بع منى بسعر السوق ، أو بما تبيع من الناس . انظر القوانين ص٢٩٠.

أن يستام[(١)] البائع بسلعته مائة درهم ، ويطلبها المشترى بثمانين درهما ، ثم يتقرّر الثمن بينهما بعد المماكسة[(٢)] على تسعين درهما.[(٣)]

وأمّا بيع المرابحة فصورته : أن يقول : أبيعك هذا الثوب مرابحة ، على أنّ الشراء مائة درهم ، وأربح على كلّ[(٤)] عشرة واحدا . فهذا بيع جائز لا يكره.[(٥)]

وحكى عن عبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عبّاس أنهما كرهاه ،[(٦)] مع جوازه.[(٧)]

---

(١) يقال استمت بسلعتي استياما إذا كنت أنت تذكر ثمنها . ويقال : استام مني بسلعتي إذا كان هو العارض عليك الثمن . أنظر : تاج العروس ٨/ ٣٥٠ "سوم".

(٢) مكس في البيع مكسا من باب ضرب : نقص الثمن ، وماكس مماكسة ومكاسا مثله . أنظر: المصباح ص ٥٧٧ .

(٣) في أ "درهم" والتصويب من باقي النسخ .

(٤) ب ، جـ ، د : في كلّ .

(٥) عند أكثر أهل العلم . راجع : المغني لابن قدامة ٤/ ١٣٦ . والإفصاح ١/ ٢٢٨ ، والميزان للشعراني ٢/ ٥٧ ، ورحمة الأمة ص ١٤٣ .

(٦) ب ، جـ : كرها ذلك.

(٧) أنظر: المراجع السابقة ما عدا الإفصاح ، ونسب ابن قدامة القول بكراهته إلى أحمد ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جبير ، وعطاء بن يسار أيضا . وقال في وجه الكراهة : أنّ فيه نوعا من الجهالة ، والتحرّز عنها أولى .

وحكى عن اسحاق بن راهويه[١] أنه أبطله[٢] ، ومنع من جوازه ،استدلالاً بأنّ الثمن مجهول ،وأنّ كذبه في إخبار الشراء غير مأمون.

والدليل على جوازه : عموم قوله تعالى ﴿ وأحلّ الله البيع ﴾[٣] ولأنّ الثمن في بيع المرابحة معلوم ،كما أنه في بيع المساومة معلوم ،إذ لا فرق بين قوله :"بعتك هذا الثوب بمائة وعشرة" وبين قوله :" بعتك بمائة وربح كل عشرة واحد " في أنّ[٤] كلا[٥] الثمنين مائة وعشرة ، وان اختلفت العبارتان ،كما لا فرق بين قوله :"بعتك هذا الثوب بتسعين" وبين قوله :"بمائة إلّا عشرة " في أنّ كلا[٦] الثمنين تسعون[٧] ، وإن اختلفت العبارتان.

ولا وجه لما ذكر من جهالة الثمن ،لأنّ مبلغ الثمن[٨] وإن كان مجهولا حال العقد فقد عقداه بما يصير الثمن به معلوما بعد العقد ،

---

(١) انظر: المراجع السابقة ما عدا الإفصاح . وحمل ابن قدامة القول بالمنع هنا على ما إذا لم يبيّن الثمن . فأمّا إذا بيّنه فلا خلاف في جوازه.

(٢) أبطله : ساقط من د .

(٣) سورة البقرة : ٢٧٥.

(٤) جـ : "وأن".

(٥) كلا : أثبته من ب ،جـ.وفي أ "كلّ " وهو ساقط من د .

(٦) أ ،د : "كلّ " ب ،جـ :" كلى " وكلاهما خطأ ،والصواب ما أثبته .

(٧) جـ : "تسعين " وهو خطأ.

(٨) جـ : لأنّ مبلغه.

وذلك لا يمنع من صحّة العقد ،كما لو باعه صبرة طعام كل قفيز بدرهم صحّ البيع ،وإن كان مبلغ الثمن مجهولا وقت العقد ؛ لأنهما عقداه بما يصير / الثمن به معلوما بعد العقد . ولا وجه لما ذكر من أنّ[(١)] ١٣١/ب كذب البائع في الثمن غير مأمون ؛ لأنّ الظاهر صدقه (وإن موّه بكذبه)[(٢)] إذا ثبت حكما بذكره.

على أنّ المروىّ عن ابن عبّاس أنه كره قولهم "ده دوازده"[(٣)] وفيه تأويلان : أحدهما : أنه كره عقدهم[(٤)] بالأعجميّة ،وعدولهم عن العربيّة. والثاني : كره أن[(٥)] يحمل ذلك منهم على بيع الدراهم في جواز العشرة بالاثنى عشر[(٦)] . والله أعلم.[(٧)]

- فصل -

فاذا ثبت أنّ بيع المرابحة جائز ،فلا بدّ من الإخبار بالثمن مع نفس العقد ، بعد تحرّى الصدق فيه ،فان لم يخبر بثمنه عليه ،وقال :

---

(١) جـ : "بانّ".

(٢) ما بين القوسين ساقط من جـ. كما سقط "موّه" من ب ،قلت: التمويه : التلبيس ،كما في المختار ص ٦٤٠.

(٣) "ده" بالفارسية عشرة ،و"دوازده" اثنا عشرة ، فمعنى ده دوازده : كل عشرة ربحها درهمان . انظر : مغني المحتاج ٧٧/٢.

(٤) عقدهم : أثبته من ب ،ولا يوجد في باقي النسخ.

(٥) أن : ساقط من جـ.

(٦) من جـ ، وفي باقي النسخ "بالاثنا عشر" وهو خطأ.

(٧) والله أعلم : ليس في جـ.

" قد بعته بالثمن الذى ابتعته (١) ،وربح العشرة واحد " لم يجز، (٢)
وكذا لو قال : " بما يخرج به الحساب من ثمنه عليّ ،وربح العشرة واحد " لم يجز ،لأنهما لم يعقداه بثمن معلوم وقت العقد ،ولا بما يصير به الثمن معلوما بعد العقد ،وقد يجوز أن يختلفا في قدر الثمن الذى يذكره بعد العقد ،فلا يرجعان (٣) إلى ما ينفي الجهالة عنهما ،ويمنع من اختلافهما ،فصار العقد باطلا للجهل بالثمن فيه .

فاذا ثبت أنه لا بدّ من ذكر الثمن مع العقد ، فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال : إمّا أن يريد (٤) الإخبار بالثمن (٥) الذى ابتاعه به (٦) ،أو يريد الإخبار بالثمن (مع موءنة لزمته عليه ،أو يريد الإخبار بالثمن مع عمل عمله بنفسه فيه .

فان أراد الإخبار بالثمن) (٧) وحده ،وكان قدره مائة درهم، فله الإخبار عنه بإحدى ثلاث عبارات : إمّا أن يقول : "اشتريته بمائة درهم" أو يقول : " رأس مالي فيه مائة " (٨) أو يقول " قام عليّ بمائة "

---

(١) جـ : "أبيعه " وهوتصحيف .
(٢) لم يجز : ساقط من د .
(٣) جـ : "ولا يرجعان " ويأباه السياق.
(٤) ب : إمّا أن يكون يريد .
(٥) جـ : " مع الثمن " وهو خطأ .
(٦) به : ساقط من جـ.
(٧) ما بين القوسين ساقط من جـ.
(٨) د : مائة درهم.

فبأيّ[١] هذه العبارات الثلاث[٢] عبّر عنه جاز.

وإن أراد الإخبار بثمنه ومؤنة لزمته عليه ، من صبغ ، أو قصارة[٣] ، أو علوفة ماشية[٤] ، أو أجر[٥] حمولة ، كأنه اشتراه بمائة درهم ، ولزمته مؤنة الصبغ أو القصارة عشرة دراهم ، فله أن يخبر عن المبلغ بإحدى العبارات الثلاث ، وهو أن يقول : "قام عليّ بمائة[٦] وعشرة دراهم " ولا يجوز أن يقول : "اشتريته بمائة وعشرة "[٧] ولا أن يقول: "رأس مالي فيه مائة وعشرة "[٨] ، لأنّ رأس المال في المبيعات عرفا[٩] هو الثمن الذى عقد به البيع .

---

(١) س ب ، جـ . وفي أ ، د : " فأى " وهو خطأ .

(٢) ب : الثلاثة .

(٣) قَصَرتُ الثوب قصرا : بيّضته ، والقصارة بالكسر : الصناعة ، والفاعل قصّار . انظر: المصباح ص ٥٠٥ .

(٤) جاء في الفتح ٩ / ٧ ، والروضة ٣ / ٥٢٨ : " إنّ المؤنات التي يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابّة ، فلا تدخل فيه ، ويقع ذلك في مقابلة الفوائد المستوفاة من المبيع . وفي التتمّة حكاية وجه أنها تدخل أيضا والمشهور الأوّل . نعم العلف الزائد للتسمين يدخل فيه »

(٥) ب ، جـ ، د : أجرة .

(٦) جـ : بمائة درهم .

(٧) جـ : وعشرة دراهم .

(٨) جـ : " رأس مالي قام عليّ بمائة وعشرة " .

قلت : وحكى الشيرازى في ذلك وجهين : أحدهما : لا يجوز ؛ لأنّ ذلك كذب ، لأنّ رأس المال هو الثمن . والثاني : أنه يجوز ؛ لأنّ رأس المال ما وزن فيه . أنظر : المهذّب ١ / ٢٩٦ .

(٩) جـ : "غير ما " وهو تصحيف.

وإن أراد الإخبار بثمنه مع عمل عمله فيه [(١)] بنفسه مثل أن يشتريه بمائة ، ويقصره بنفسه قصارة قدر أجرتها عشرة ، لم يجز أن يخبر عنه بإحدى [(٢)] هذه العبارات الثلاث ، فلا يجوز [(٣)] أن يقول : " اشتريته بمائة وعشرة " ولا : " رأس مالي فيه مائة وعشرة " ولا يقول : " قام عليّ بمائة وعشرة " ؛ لأنّ عمل الإنسان لنفسه لا يقوّم عليه ، وإنما يقوّم عليه عمل غيره . ألا ترى أنّ العامل في المضاربة لو استأجر لحمولة المتاع كان في مال المضاربة [(٤)] ، ولو حمله بنفسه لم يرجع بأجرته في مال المضاربة/ ١٣٢/أ

وإذا لم يجز أن يخبر عنه بإحدى [(٥)] هذه العبارات الثلاث ، فليس له إلّا أن يقول : " اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسي عملا يساوى عشرة ، وأربح [(٦)] في كل عشرة واحدا " [(٧)] فيسلم من الكذب ، ويصل إلى الغرض. [(٨)]

---

(١) أثبته من ب . وفي أ ، د : " وعمل عمله فيه " وفي جـ : " مع علمه فيه " وفيه سقط وتصحيف .

(٢) من ب ، جـ ، وفي أ ، د : " بأحد " وهو خطأ .

(٣) من ب ، وفي أ ، جـ ، د : " ولا يجوز " ويأباه السياق .

(٤) انظر في المضاربة : المهذّب ٣٩٣/١ .

(٥) من ب ، جـ ، وفي أ ، د : " بأحد " وهو خطأ .

(٦) جـ : " أو أربح " وهو خطأ .

(٧) جـ : " واحد " وهو خطأ .

(٨) راجع في تفريعات هذا الفصل : المهذّب ٢٩٦/١ ، والتنبيه ص ٦٧ ، والفتح ٦/٩ ، والروضة ٥٢٧/٣ ، والمنهاج مع المغني ٧٨/٢ .

- فصـــــل -

فلو اشترى ثوبا بمائة درهم ،فوجد به عيبا فأخذ أرشه عشرة دراهم ،لم يجز أن يخبر بالمائة ، ولزمه أن يخبر بالتسعين بإحـــدى العبارات الثلاث[(١)] ؛ لأنّ الأرش استرجاع جزء من الثمن قابل جزءا فائتا من المبيع .

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، فجنيت عليه جناية أخذ[(٢)] أرشها عشرة دراهم ففي قدر ما يخبر به من ثمنه وجهان :[(٣)]

أحدهما : يلزمه أن يخبر بأنّ الثمن تسعون درهما ،لأنّ أرش الجناية في مقابلة جزء من العين ،فصارت كأرش العيب .

والوجه الثاني : يجوزله أن يخبر بأن الثمن مائة درهـــم ؛ لأنّ المأخوذ بأرش الجناية ليس يرجع إلى العقد ،وإنما هو بسبب[(٤)] حادث بعد العقد ، فشابه الكسب .

---

(١) راجع : المهذّب ١/ ٢٩٦ ،والفتح ٩/ ١٢ ،والروضة ٣/ ٥٣١ ، والمغني ٢/ ٧٩ وكلهم صرّحوا بأنه يقول : هي عليّ بتسعين ، أو قام عليّ بتسعين ،ولا يقول : اشتريتها بتسعين ،لأنه كذب .

(٢) أخذ : ساقط من د .

(٣) والوجه الأول هو الأصحّ ،وذكر معظم الأصحاب أنّ الوجهين يجريان فيما إذا باع بلفظ : " قام عليّ " وأمّا إذا باع بلفظ: "اشتريت " ذكر الثمن والجناية . انظر : المراجع السابقة .

(٤) من ب ، جـ ،وفي أ ،د : " سبب " بسقوط حرف الباء .

فان أخبر على الوجه الأوّل بأنّ الثمن تسعون درهما ، ثم علم المشترى بحال الجناية ،فلا خيار له. وإن أخبر على الوجه الثاني بأن الثمن مائة درهم ،ثم علم المشترى بحال الجناية فله الخيار.

ولكن لو اشترى دارا فاستغلّها ،أو ماشية فحلبها ،أو نخلا فأخذ ثمرها . لم يلزمه إذا أخبر بالشراء أن يسقط منه قدر ما أخذ من الغلّة ، والثمرة والنتاج ،واللبن ،بل له أن يخبر بجميع الثمن لا يختلف أصحابنا فيه ؛[1] لأنها أعيان حادثة بعد العقد لا تقابل[2] شيئا من الثمن ، إلّا لبن التصرية فعليه أن يسقط قدر قيمته من الثمن ؛لأنه ممّا يتقسّط عليه الثمن.

- فصـــل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ، فجنى العبد جناية قدر أرشهـا عشرة دراهم ، ففداه السيّد بها ،لم يجز إذا أخبر بالشراء[3] أن يقـول : "ثمنه مائة وعشرة" ولا أن يقول : "قام عليّ بمائة وعشرة".[4]

---

(١) وقد فصّل الشيرازى ،وكذا الرافعي والنووى في المسألة فقالوا : إن حدثت من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة ،لم يحطّ ذلك من الثمن ؛لأنّ العقد لم يتناوله . وان أخذ ثمـرة كانت موجودة عند العقد ،أو لبنا كان موجودا حال العقد ،حطّ من الثمن ؛لأنّ العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ،فأسقط ما قابله . راجع : المهذّب ١/ ٢٩٦ ،والفتح ٩/ ١٣ ،والروضة ٣/ ٥٣٢.

(٢) ب : "لم تقابل" جـ : فلم يقابل.

(٣) جـ : بالثمن.

(٤) انظر : المهذّب ١/ ٢٩٦ ،والنهاية ٤/ ١١٤ ،والمغني ٢/ ٧٨وفيه : "ولو جنى العبد ،ففداه أو غصب ، فبذل مؤنة في استرداده ، لم يحسب ذلك عند الأكثرين".

فان قيل : أليس [١] يجوز فيما لزمه من موءنة القصارة والصبغ أن يقول : " قام عليّ بمائة وعشرة " فهلّا جاز فيما لزمه من أرش الجناية أن يقول : قام عليّ بمائة وعشرة ؟ .

قيل : الفرق بينهما [٢] أنّ القصارة في الثوب زيادة تعود إلى المالك وفداء العبد من الجناية استبقاء ملك يعود إلى المالك.

- فصـــل -

ولو اشترى عبدا بمائة درهم ،ثم أنّ البائع نقص المشترى من الثمن عشرة دراهم . فعند ابن أبي ليلى [٣] : أنّ للمشترى أن يخبر بأنّ الثمن مائة درهم بكلّ حال .

وعند أبي حنيفة : [٤] أنّ على المشترى أن يخبر بأنّ الثمن تسعون درهما قبل التفرّق وبعده.

ومذهب الشافعي [٥] :/ أنّ نقصان العشرة إن كان قبل التفرّق ،لزمه أن يخبر أنّ الثمن تسعون درهما ؛لأنّ الثمن يستقرّ بما افترقا عليه . وإن كان النقصان بعد التفرّق ،أخبر بأن الثمن مائة درهم ،لاستقرار ١٣٢/ب

---

(١) ب : أفليس .

(٢) ب ، جـ : الملك .

(٣) لم أقف على مذهبه .

(٤) أنظر : المبسوط ١٣/ ٨٤ ،والبدائع ٧/ ١٣٩٨ ،وفتح القدير ٦/ ٥٠٧ .

(٥) وبه قال الحنابلة أيضا . انظر : المغني لابن قدامة ٤/ ١٣٧ ، والمقنع ص ١٠٧ .

الثمن بالعقد ،وأنّ الزيادة والنقصان لا يلحقان (١) بالعقد بعد استقراره (٢) . وجوّز ذلك أبوحنيفة ،وجعل الزيادة والنقصان فسخا للعقد الأول ، واستيناف عقد ثان (٣) . وهذا فاسد من وجوه ثلاثة :

أحدها : أنّ حطيطة الثمن (٤) كله لمّا لم تكن (٥) فسخا لاحقا بالعقد . فحطيطة بعضه أولى أن لا تكون فسخا لاحقا بالعقد .

والثاني : أنّ الحطيطة والزيادة لو كانتا (٦) فسخا للعقد ، لم يجز (٧) أن يكونا مجدّدين للعقد ، لأنّ الشيء الواحد لا يجوز أن يكون موجبا لحكمين (٨) متنافيين .

---

(١) ب ،جـ : لا يلحق.

(٢) انظر في مذهب الشافعي : التنبيه ص٦٧ ،والمهذّب ١/ ٢٩٦ ، وفيه نقل عن أبي علي الطبرى قوله : " إن قلنا : إنّ المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به ،لأنّ المبيع قد ملكه بالثمن الأوّل ، فلم يتغيّر بما بعده » قال الشيرازى : " والمذهب الأول ،لأنه وإن كان قد انتقل المبيع ،إلّا أنّ البيع لم يستقرّ ، فجاز أن يتغيّر الثمن بما يلحق به » والفتح ٩/ ١٠ ،والروضة ٣/ ٥٣٠ وفيهما : " وإن حطّ عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ،وباع بلفظ :" اشتريت " لم يلزمه حطّ المحطوط عنه ،وإن باع بلفظ: " قام عليّ " لم يخبر إلّا بالباقي ".

(٣) ثان : أثبته من جـ.وفي باقي النسخ " ثاني " وهو خطأ.

(٤) جـ :" الثمّن " وهو خطأ.

(٥) ب ،جـ :"لم يكن " بالتحتانيه وهو خطأ.

(٦) من ب ،جـ.وفي أ ،د :"لوكانت " وهو خطأ .

(٧) من ب ،جـ.وفي أ ،د : "لوجب " وهوخطأ.

(٨) ب ،جـ : أن يوجب حكمين .

والثالث : أنّ الصداق في النكاح كالثمن في البيع ، فلمّا لم يكن ما عاد إلى الصداق من زيادة أوحطيطة فسخا له ، (لم يكن ما عاد إلى المبيع من زيادة أوحطيطة فسخا له .)[1]

- فصل -

ولواشترى عبدا بمائة درهم ، ثم باعه بمائة وخمسين درهما[2] ، ثم اشتراه ثانية[3] بمائة درهم ، لم يلزمه أن يحطّ الربح من ثمنه ، وكان له أن يخبر بأن الثمن مائة درهم.[4]

وقال أبو حنيفة :[5] يلزمه حطيطة الربح ، والإخبار بأن ثمنه

---

(١) ما بين القوسين ساقط من د .

(٢) جـ : "بمائة درهم" وهوخطأ .

(٣) ب : ثانيا .

(٤) انظر : الحلية للروياني ٧٥/ب ، والمهذّب ١/ ٢٩٦ ، والفتح ٩/ ١٠ ، والروضة ٣/ ٥٢٩ وفيها : "إن باعه مرابحة بلفظ رأس المال ، أو بلفظ : "ما اشتريت" أخبر بمائة . وان باعه بلفظ : "قام عليّ " فوجهان . أصحّهما : يخبر بمائة . والثاني : بخمسين ". قلت : وهو مذهب المالكية والحنابلة ، وبه قال أبو يوسف و محمد من الحنفيّة . انظر : المغني لابن قدامة ٤/ ١٤٠ ، والخرشي ٥/ ١٧٨ .

(٥) انظر : البدائع ٧/ ٣٢٠٣ ، والهداية مع الفتح ٦/ ٥٠١ ، والكنز مع التبيين ٤/ ٧٦ ، قلت : وبه قال ابن سيرين والقاضي أبو يعلى وأصحابه واستدلّوا على ذلك بأن المرابحة تضمّ فيها العقود ، فيخبر بما تقوم عليه ، كما تضمّ أجرة الخيّاط والقصّار. وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول؛ لأنه أمن أن يردّه عليه ، ولأنّ الربح أحد نوعي النماء ، فوجب أن يخبر به في المرابحة ، كالولد ، والثمرة . انظر : المغني لابن قدامة ٤/ ١٤٠ .

خمسون درهما ،لأنه يقوم عليه[1] بها .

وهذا فاسد ، لأنّ العقد الأوّل قد انقضى فلم يجز اعتبار حكمه من وجهين :

أحدهما : أنه لو كان قد خسر في ثمنه خمسين[2] درهما ، لم يجز أن يزيدها على الثمن الثاني ، فكذلك إذا ربح فيه خمسين درهما لم يلزمه أن ينقصها من الثمن الثاني .

والآخر : أنه لو كان قد ربح فيه مثل ثمنه ،ثم اشتراه بمثل الربح كأنه اشتراه أوّلا بمائة درهم ،وباعه بمائتي درهم ،ثم اشتراه بمائة درهم ،جاز له أن يخبر أن الثمن مائة درهم ،ولا اعتبار بما كان من الربح في العقد الأوّل ،فكذلك إذا كان الربح بعض ثمنه.

- فصل -[3]

ولو اشترى العبد المأذون له[4] في التجارة ثوبا بمائة درهم، وباعه العبد على سيّده بمائة وخمسين درهما ، لم يكن للسيّد إذا باع الثوب باخبار الشراء أن يخبر إلّا بمائة درهم ،لأنّ شراء العبد لسيّده ،ولا يصحّ أن يبتاعه من عبده.

---

(١) د : "عليها " وهو خطأ.
(٢) من ب ،ج ،وفي أ ،د : "خمسون " وهو خطأ.
(٣) فصل : ليس في ج.
(٤) له : ليس في د .

وكذا لو اشترى السيّد ثوبا بمائة درهم، وباعه على عبده بمائة وخمسين درهما، لم يجز إذا باعه باخبار الشراء أن يخبر إلّا بمائة درهم.(١)

ولو دفع رجل مالا مضاربة بالنصف، فاشترى(٢) / العامل ثوبا بمائة درهم، وباعه على ربّ المال بمائة وخمسين درهما، لم يجز لربّ المال إذا باعه مرابحة أن يخبر بالثمن إلّا بمائة وخمسة وعشرين درهما، لأنّ نصف الربح له.(٣) ١٣٣/أ

- فصـــل -

وإذا اشترى سلعة بثمن مؤجّل، وأراد بيعها مرابحة كان عليه

---

(١) قلت: هذا هو مذهب جمهور الشافعية، ومنهم - كالشيرازي - من قال: يجوز له الإخبار بالثمن الثاني، لأنّ بيعه من عبده كبيعه من الأجنبي، فجاز أن يخبر بما اشترى منه.

وعلى الوجهين يصحّ البيع هنا، وهل يثبت للمشترى الخيار إذا اتّضح له الأمر؟ اختلف فيه الأصحاب، فقال جمهورهم: لا يثبت. وقال ابن الصبّاغ: يثبت. وقوّاه النووي في الروضة، وقال الروياني في الحلية: إنه الاختيار. راجع: الحلية ٧٦/أ والمهذّب ٢٩٦/١، والتنبيه ص ٦٦، والفتح ١٠/٩، والروضة ٥٣٠/٣، وأسنى المطالب ٩٣/٢، والمغني ٧٩/٢، وحاشية الجمل ١٨٣/٣.

(٢) من جـ، وفي سائر النسخ: "واشترى" ويأباه السياق.

(٣) قلت: لم أجد التنصيص عليه في كتب المذهب الشافعي، وذكره الحنفية في كتبهم. راجع: البدائع ٣٢٠٥/٧، والهداية مع الفتح ٥٠٤/٦، والتبيين ٧٧/٤ وفيه: " وقال زفر: لا يجوز هذا البيع من ربّ المال، لأنه بيع ماله بماله ".

في إخبار الشراء أن يذكر تأجيل الثمن (١) ،فان لم يذكر تأجيلـه فقد حكى عن سفيان الثوري (٢) أنّ السلعة إن كانت باقية كان المشترى بالخيار، وإن كانت تالفة لزمه الثمن حالاّ .

وحكى عن أحمد (٣) ،واسحاق (٤) : أنّ للمشترى حبس الثمن عن البائع بقدر ذلك الأجل .

ومذهب الشافعي (٥) : جواز البيع ،وتخيير المشترى بين فسخ البيع وإمضائه بالثمن الحالّ ،لأنّ الأجل رفق بالمشترى لا يتعلّق بزيادة ولا نقص .

---

(١) وذلك للتفاوت الظاهر بين المؤجّل والمعجّل في المالية . وفي وجه غريب : لا يجب التعرّض له . انظر الفتح ٩/ ١٣ ،والروضة ٣/ ٥٣٢ .

(٢) قلت : وبه قال الحنفية ما عدا الإمام أبي يوسف ،فانه قال : لا خيار له ، ويحطّ من الثمن ما يعرف أنّ مثله في هذا يزداد لأجل الأجل . انظر : البدائع ٧/ ٣٢٠٦ ،والتبيين ٤/ ٧٨ ،والهداية مع الفتح ٦/ ٥٠٧ .

(٣) حكاه عنه ابن المنذر ،قال : لأنه كذلك وقع على البائع ، فيجب أن يكون للمشترى أخذه بذلك على صفته ،كما لو أخبر بزيادة على الثمن . انظر: المغني لابن قدامة ٤/ ١٤١ .

(٤) وحكى عن القاضي شريح والأوزاعي أيضا . انظر : المرجع السابق ،ورحمة الأمة ص ١٤٣ ،والميزان للشعراني ٢/ ٥٧ .

(٥) قلت : وبه قال مالك ،وهو المشهور من مذهب أحمد . انظر إضافة إلى المراجع السابقة : القوانين ص ٢٩٠ ،والمهذّب ١/ ٢٩٦ ،والحلية للروياني ٧٦/أ .

- فصــــل -

ولو اشترى ثوبا بمائة درهم ،فأخبر في بيــع المرابحــة أنه اشتراه بتسعين درهما فقد اختلف أصحابنا هل يكون كاذبا في إخباره أم لا ؟[1] على وجهين :[2]

أحدهما : ليس بكاذب ،لدخول التسعين في المائة ،فعلى هذا الوجه[3] لا خيار للمشترى إذا علم بذلك.

والوجه الثاني : أنه كاذب ، لأنّ التسعين بعض[4] الثمن ، وفي مقابلته بعض المبيع ،فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن ،وفي مقابلة جميع المبيع . فعلى هذا الوجه للمشترى الخيار في الفسخ[5] إذا علم بذلك .

- فصــــل -

ولو اشترى عبدين بمائتي[6] درهم ، لم يجز أن يخبر فــي بيع المرابحــة أنّ ثمن أحدهما مائة درهم ، لتقسّط الثمن على قيمتهما.[7]

---

(١) أم لا : ساقط من ب ،جـ.

(٢) لم أجد التنصيص عليهما في كتب المذهب ، ولكنهم ذكروا الوجهين في خيار المشترى بدون البناء المذكور .

(٣) من ب جـ وفي أ : " فعلى الوجه " وفي د : " فعلى الوجـه الأول " ويأباهما السياق.

(٤) ب : من بعض.

(٥) د : في الفسخ والإجارة.

(٦) في أ "بمائتا " والتصويب من باقي النسخ .

(٧) ب : على قدر قيمتهما .

فلو قوّم أحدهما مائة [١] وعشرين درهما ، وقوّم الآخر ثمانين [٢] درهما ،
لم يجز أن يخبر بذلك في بيع المرابحة .[٣]

ولكن لو اشترى مائة قفيز (حنطة بمائة درهم ، وأراد بيع
قفيز) [٤] منها مرابحة ، جاز أن يخبر بأن ثمنه درهم ، لتقسّط الثمن
على أجزاء الحنطة دون قيمتها ، ومن أصحابنا من منع إلاّ بإخبار الصبرة .
والأول أصحّ [٥] لما ذكرنا من التعليل .

- فصل -

فاذا تمهّد ما ذكرنا من مقدّمات هذا الباب ، فصورة مسألة
الكتاب في رجل باع ثوبا مرابحة بربح واحد في كل عشرة ، وأخبر أنّ الثمن
مائة درهم ، فأخذه المشترى بمائة وعشرة دراهم ، ثم أنّ البائع عاد فذكر

---

(١) د : بمائة .
(٢) د : بمأتي . وهو تصحيف.
(٣) وسبيل جواز البيع هنا أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء ، ويوزّع الثمن على القيمتين ، ثم يبيع ما شاء منهما بحصّته من الثمن. انظر : المهذّب ٣٩٥/١ ، والفتح ١١/٩ ، والروضة ٥٣١/٣ .
قلت : وعند أبي حنيفة وأحمد : لا يجوز بيع بعضه مرابحة ، وبه قال الثورى واسحاق ، لأنّ التوزيع بالقيمة تخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه .
انظر : المغني لابن قدامة ١٣٨/٤ .
(٤) مابين القوسين ساقط من ب.
(٥) وبه جزم أكثر الأصحاب ، وحكى ابن قدامة عدم الخلاف في ذلك
انظر : المراجع السابقة.

أنه غلط في الثمن ، وأنه كان اشتراه بتسعين درهما ، فالبيع صحيح (١)

وقد أبان البائع عن أمانته ،وللمشترى أن يأخذ الثوب بتسعين وحصّتها من الربح ،فيكون تسعة وتسعين درهما (٢) ،ويرجع / على البائع بالنقصان ١٣٣/ب وحصّته من الربح ،وذلك أحد عشر درهما .

ثم المذهب أن لا خيار للمشترى فيه (٣) ،وقد خُرّج قول آخر (٤) أنّ له الخيار في الفسخ أو المقام من (٥) مسألة تأتي ، وهي (٦) أن تقوم البيّنة بخيانة (٧) البائع في الثمن على ما سنذكره من شرح المذهب وترتيبه (٨).

---

(١) هذا هو الوجه الصحيح ،وهو المذهب ،وبه جزم الروياني والشربيني والمحلّي وغيرهم . وفي وجه : لا يصحّ البيع هنا ،لكون الثمن مجهولا عند العقد .
انظر : المهذّب ٢٩٧/١ ،والفتح ١٣/٩ ،والروضة ٥٣٣/٣ ، والحلية ٧٦/ألف ،والمغني ٧٩/٢ ،وشرح المحلى ٢٢٣/٢ .

(٢) هذا هو القول الصحيح المشهور أى تحطّ الزيادة وحصّتها من الربح ؛لأنه تمليك يعتبر فيه الثمن الأوّل فاذا أخبر بزيادة وجب حطّ الزيادة ،كالشفعة والتولية . وفي قول آخر: لا تحطّ الزيادة ؛لأنه سمّى ثمنا معلوما وعقد به العقد ، فليجب وإن كان ملبّسا . انظر : المراجع السابقة.

(٣) وهو الأصحّ لدى الشافعية . انظر : المراجع السابقة.

(٤) جـ : " قولا آخر " وهو خطأ.

(٥) أ : "في " والتصويب من باقي النسخ .

(٦) أ ،جـ ،د : "وهو" والتصويب من ب .

(٧) من ب ،جـ ، وفي أ ،د : "بجناية " وهو خطأ.

(٨) انظر : ص ٩٨٣ ومابعدها .

ثم إذا أخذه المشترى بالتسعين وحصّتها من الربح فمذهب الشافعي أنه يأخذه بالعقد الأوّل [١] . وقال بعض أصحابنا : يأخذه بعقد مستأنف .

وهذا غلط ،لأنه لو أخذه بعقد مستأنف ، لبطل العقد الأوّل . ولافتقر [٢] إلى اشتراط قدر الربح فيه [٣] ، كما افتقر إليه في الأوّل .

- فصل -

فأمّا بيع المخاسرة فصورته أن يقول : شراء هذا الثوب عليّ مائة درهم ، وقد بعتكه [٤] مخاسرة بنقصان العشرة [٥] واحد [٦] . فهذا جائز كبيع المرابحة لأنهما قد [٧] عقداه بما يصير الثمن به معلوما بعد العقد ،وإن كان مجهولا حال العقد .

وإذا صحّ جواز المخاسرة ،كما صحّ [٨] جواز المرابحة فقد اختلف أصحابنا في كيفيّة الحكم فيه ،والّذى عليه قول الجمهور [٩] منهم أنه يردّ

---

(١) وبه جزم في أسنى المطالب ٢/ ٩٥ ،وحاشيتي البجيرمي ٢/ ٢٨٨ ، والجمل ٣/ ١٨٤ (ولم أقف على الوجه الثاني في كتب المذهب).

(٢) جـ : "ولا افتقر" وهو خطأ .

(٣) فيه : ليس في أ ،د . وأثبته من ب ،جـ.

(٤) بعتكه : أثبته من ب ،جـ .وفي أ ، د : "بعتك هو" خطأ .

(٥) بنقصان العشرة : تكرر في د .

(٦) جـ : واحد منها .

(٧) جـ : بدون " قد ".

(٨) جـ : "كما يصحّ " ويأباه السياق .

(٩) وهو أصحّ الوجهين في المذهب ،انظر : الفتح ٩/ ٥.

كل أحد عشر درهما (١) من رأس المال إلى عشرة دراهم ،فيصير آخذا لهذا الثوب بأحد وتسعين درهما ،إلّا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم، لأنَّ التسعة والتسعين (٢) ردّت إلى تسعين ،والدرهم الباقي أسقط منه جزءا من أحد عشر جزءا .

قالوا : وإنما ردّت الأحد عشر إلى العشرة في (٣) المخاسرة كما ردّت العشرة إلى الأحد عشر في المرابحة .

وقال بعض أصحابنا (٤) : بل يردّ كل عشرة من رأس المال إلى تسعة ،فيحطّ من الثمن العشر ،فيصير (٥) آخذا لهذا الثوب بتسعين درهما . قالوا : لأنه لمّا وجب (٦) في المرابحة أن يزاد (٧) على كل عشرة واحد ،وجب أن ينقص في المخاسرة من كل عشرة واحد ،وهو (٨) قول بعض العراقيين .

---

(١) درهما : أثبته من ب ،ج .ولا يوجد في أ ، د .

(٢) من ب ،ج ،د . وفي أ : " والتسعون " وهوخطأ .

(٣) ب ،ج : " من " ويأباه السياق .

(٤) وبه قال القاضي أبو الطيّب الطبرى ،وصحّحه الشيرازى ،قال : لأنّ المائة عشر مرّات عشرة ،فاذا وضع من كل عشرة درهما ،بقي تسعون . انظر : المهذّب ٢٩٧/١ .

(٥) من ج ،وفي باقي النسخ : " ويصير " ويأباه السياق .

(٦) ج : أوجب .

(٧) ج : أن يردّ .

(٨) ب : وهذا .

والأصحّ من المذهبين عندي أن يعتبر لفظ العقد ، فان كان قال : " وأخسر لكلّ عشرة واحدا " ردّت[(١)] الأحد عشر إلى (عشرة ، كما قاله الأوّلون . وإن كان قال : " وأخسر من كل عشرة واحدا ردّت العشرة إلى)[(٢)] تسعة ،كما قاله الآخرون[(٣)] ، لأنّ لفظة " من " تقتضي إخراج واحد من العشرة ،وتخالف معنى " اللّام ".[(٤)]

- مسألـــة -

قال الشافعي[(٥)] : (فان قال : " ثمنها أكثر من مائة " وأقام على ذلك بيّنة ،لم يقبل منه ،وهو مكذّب لها) .[(٦)]

وصورتها في رجل باع ثوبا مرابحة بربح العشرة واحد[(٧)] ،وأخبر أنّ الثمن مائة درهم ،وأخذه المشترى بمائة وعشرة دراهم ، ثم عاد البائع فذكر أنه غلط في إخبار الشراء ،وأنّ الثمن مائة وعشرون[(٨)] / ،فللمشترى ١٣٤/أ

---

(١) من ب ،جـ وفي أ ،د :رددت به .

(٢) ما بين القوسين أثبته من ب ،وهوساقط من سائر النسخ .

(٣) راجع : المغني لابن قدامة ٤/١٣٦ .

(٤) د : بعدها زيادة : " والله أعلم " راجع في تفريعات هذا الفصل : المهذّب ١/٢٩٥ ،والتنبيه ص ٦٧ ، والفتح ٩/٥ ،والروضة ٣/٥٢٧ ،والمنهاج مع المغني ٢/٧٧ ،وشرح المحلّى مع قليوبي وعميرة ٢/٢٢٢ .

(٥) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه .

(٦) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٠ .

(٧) جـ : واحدا .

(٨) د : " مائة وعشرين " وهوخطأ .

حالتان : حال يصدّقه [١] على ما ذكر من غلطه. وحال يكذّبه.

فان صدّقه على ما أخبر به من الغلط من أخذه بمائة وعشرين درهما [٢] ،قيل للمشترى : أنت بالخيار بين أن تأخذه بهذا الثمن وحصّته من الربح ،وذلك مائة واثنان وثلاثون درهما ، وبين أن تفسخ البيع فيه [٣].

وإن كذّبه فالقول قول المشترى . وإن كان البائع حين أخبر في الأوّل أنّ الثمن مائة درهم [٤] ،ذكر [٥] أنه اشتراه بنفسه ، لم تسمع له بيّنة بما ادّعاه في الثاني من المائة وعشرين [٦] ؛لأنه مكذّب لبيّنته [٧] بالقول الأوّل ،ومن حفظ عليه إكذاب بيّنته ردّت عليه ،ولم تقبل [٨] منه.

فان طلب البائع يمين المشترى على أن الثمن مائة درهم ،

---

(١) من ب ،جـ.وفي أ،د : حالة يصدّق.

(٢) في ب ،جـ : فان صدّقه على أن الثمن مائة وعشرون درهما .

(٣) قلت : في صحّة البيع هنا يوجد وجهان للأصحاب . أحدهما : أنه يصحّ كما لو غلط بالزيادة . هذا هو الأصحّ عند الأكثرين ، وبه جزم الماوردى هنا ،وكذا المحاملي ،والجرجاني ،والغزالي ، والشيرازى ،والآخرون . والثاني وهو الأصحّ عند الجويني والبغوى : أنه لا يصحّ لتعذّر إمضائه مزايدا فيه العشرون بربحها ؛لأنّ العقد لا يحتمل الزيادة ،وأمّا النقص فهو معهود بدليل الأرش .
وعلى الوجه الأوّل لا تثبت الزيادة على الأصحّ ،ولكن يكون للبائع الخيار . وقيل : تثبت الزيادة مع ربحها ،ويكون للمشترى الخيار.
راجع المهذّب ٢٩٧/١ ،والفتح ١٥/٩ ،والروضة ٥٣٤/٣ ، والمنهاج مع المغني ٧٩/٢ .

(٤) جـ : بدون "درهم" د : " مائة وعشرة دراهم " وهو خطأ.

(٥) جـ : "ثم ذكر" ويأباه السياق.

(٦) ب ، جـ : ادّعاه في الثاني من الثمن أنه مائة وعشرون .

(٧) جـ : "لنفسه " وهوتصحيف .

(٨) ب ،جـ : ولم تسمع .

ففي وجوب إحلافه [١] وجهان [٢] مخرّجان من اختلاف قوليه في يمين المدّعي بعد نكول المدّعى عليه هل تجرى [٣] مجرى البيّنة ،أو تجرى [٤] مجرى الإقرار ؟

فان قيل : إنها [٥] تجرى مجرى البيّنة ، لم يجب إحلافه ؛ لأنه لو أقام بيّنة لم تسمع وإن قيل : إنها تجرى مجرى الإقرار وجب إحلافه ؛ لأنّ المشترى لو أقرّ بما ادّعاه البائع (لزمه.

فأمّا إن كان البائع) [٦] حين أخبر بالأول [٧] بأنّ الثمن مائة درهم ،أخبر بذلك عن شراء وكيله أو عبده المأذون له في التجارة ، ثم عاد فذكر [٨] أنّ الوكيل أخطأ ،وأنّ العبد غلط ،وأنّ الثمن مائة وعشرون [٩] فهل تسمع منه البيّنة بما ادّعاه من ذلك ؟ على وجهين : [١٠]

أحدهما : لا تسمع بيّنته ،كما لو أخبر [١١] أنه اشتراه بنفسه ؛ [١٢] لأنه قد أكذبها [١٣] بما تقدّم من قوله . فعلى هذا في وجوب إحلاف المشترى وجهان . [١٤]

---

(١) ب : "احتلافه " جـ : "ففي جواز إخلافه " وهو خطأ .
(٢) أصحّهما : له تحليفه ،وبه قطع المحاملي وغيره . وعلى هذا فان نكل ففي ردّ اليمين على المدّعي وجهان أصحّهما : تردّ. انظر الروضة ٣/٥٣٥ .
(٣) جـ : يجرى .
(٤) تجرى : ليست في د . وفي جـ : يجرى .
(٥) جـ : "إنما " وهو تصحيف.
(٦) مابين القوسين ساقط من جـ.
(٧) ب ،جـ : في الأول .
(٨) من ب ،جـ. وفي أ ، د : "يذكر " وهوتصحيف.
(٩) د : " مائة وعشرين " وهوخطأ .
(١٠) الأظهر : أنها تسمع . انظر : الفتح ٩/١٦ ،والروضة ٣/٥٣٥ .
(١١) جـ : لو أقرّ .
(١٢) جـ : "لنفسه " وهوخطأ .
(١٣) جـ : "لا يتعدى كذبها " وهوتصحيف.
(١٤) المرجعان السابقان .

والوجه الثاني : أنّ بيّنته بما ادّعاه مسموعة يحكم بها على المشتري ، ويجعل بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الذى قامت به البيّنة[١] وحصّته من الربح ،أو الفسخ .

فان عدم البائع البيّنة كان له إحلاف المشترى وجها واحدا .
فان حلف كان له أخذ الثوب بالثمن الأوّل وحصّته من الربح . وذلك مائة وعشرة دراهم . وإن نكل رّدت اليمين على البائع . فاذا حلف قيل للمشترى : أنت بالخيار في أخذ الثوب بالثمن الثاني وحصّته من الربح ، وذلك مائة[٢] واثنان وثلاثون درهما ،وبين أن تفسخ والله أعلم.[٣]

- مسألة -

قال الشافعي[٤] : (ولو علم أنه خانه ،حطّت الخيانة وحصّتها[٥] من الربح ولو كان المبيع قائما كان للمشترى أن يردّ ،ولم أفسد[٦] البيع ،لأنه لم ينعقد على محرّم عليهما معا[٧] ، إنما وقع محرّما على الخائن منهما ،كما يدلّس له بالعيب فيكون التدليس[٨] محرّما ،

---

(١) ج : قامت البيّنة به .
(٢) مائة : ساقطة من ج .
(٣) والله اعلم : ليس في ج . وانظر في تفريعات هذه المسألة : المهذّب ١/٢٩٧ ،والفتح ٨/١٥ ، ١٦ والروضة ٣/٥٣٤-٥٣٥ ،والمنهاج مع المغني ٢/٧٩ ،والنهاية ٤/١١٦ ،وشرح المحلّى ٢/٢٢٤.
(٤) ب ،ج: الشافعي رضي الله عنه.
(٥) وحصّتها : ساقطة من د .
(٦) ج : ولم يفسد .
(٧) معا : ساقط من ج.
(٨) من ب ،ج ، م. وفي أ ،د : "فيكون في التدليس" وهو خطأ .

(وما أخذ من ثمنه محرّما) [(١)] ،وكان للمشتري / في ذلك الخيار) [(٢)] ١٣٤/ب

قال المزني : إلى آخر الفصل من كلامه.

وصورتها في بيع المرابحة إذا أخبر البائع أنّ الثمن مائة درهم ، فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ،ثم علم المشتري [(٣)] بعد افتراقهما بخيانة البائع في الثمن [(٤)] ،وأنه ثمانون درهما ،فان لم يكن للمشتري بيّنة على ماادّعاه من خيانة البائع ،فالقول قول البائع ،مع يمينه ،وهو لازم للمشتري بالثمن الاوّل ،وإن أقام المشتري بيّنة على ما ادّعى من خيانة البائع سمعت ،ولم يبطل بها البيع [(٥)].

وقال مالك : إذا أقام المشتري البيّنة [(٦)] بخيانة البائع ، بطل البيع [(٧)] لانعقاده بثمن مجهول . وبه قال من أصحابنا من زعم أنّ البائع إذا أخبر بنقصان الثمن أنّ المشتري يأخذ بعقد مستأنف

---

(١) مابين القوسين ساقط من النسخ وأثبته من المختصر.

(٢) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٠-٢٠١ قلت: لا يوجد فيه كلام المزني الذى أشار اليه الماوردى.

(٣) ب ،جـ: ثم عاد المشتري بعد افتراقهما يدّعي بخيانة.

(٤) من ب ،جـ.وفي أ ، د : على ما ادّعى .

(٥) هذا هو الوجه الصحيح المشهور ،وهو المذهب ،وفي وجه : يبطل البيع . انظر : المهذّب ٢٩٧/١ ،والفتح ١٣/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ ،والمغني ٧٩/٢ ،والنهاية ١١٦/٤.

(٦) ب ،جـ : بيّنة.

(٧) قلت : عند مالك يصحّ البيع هنا ،ولكن هل يثبت للمشتري الخيار ؟ فيه تفصيل ،فقد جاء في المدوّنة (٤٧٤/٤) قول مالك : " إن كان لم يتلفها المشتري ،كان بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن ،وإن شاء تركها ،وليس زيادته وظلمه

===

(لانعقاده بثمن مجهول) .(١)

وهذا غلط ،لأنّ خناية البائع عيب دلّس به على المشترى ، والتدليس بالعيب إذا ظهر(٢) بعد العقد(٣) ،لم يوجب بطلان البيع . وما ذكره من جهالة الثمن بحطّ الخيانة(٤) غير مسلّم ؛ لأنّ التدليس بالعيب إذا أوجب الرجوع بالأرش ،لم يقتض(٥) جهالة الثمن ، فكذلك(٦) إذا وجدت الخيانة(٧) ،لم يؤذن بجهالة الثمن.

فاذا ثبت أنّ البيع لا يبطل بظهور الخيانة ، لم يخل حال الثوب المشترى(٨) من(٩) أن يكون باقيا أو تالفا ،فان كان الثوب

=== بالذى يحمل عليه بأن يؤخذ بما لم يبع به . وان فاتت السلعة ، قوّمت ،فان كانت قيمتها أقلّ من رأس المال ومن الربح عليه ، لم ينقص من ذلك. وإن كانت قيمتها أكثر مما ابتاعها به المبتاع وربحه ،لم يزد على ذلك ؛ لأنه قد رضي بذلك أوّلا ." راجع في مذهبه أيضا : الموطّأ مع المنتقى ٥/ ٥١ ،والقوانين ص ٢٨٩ ،والبداية ٢/ ١٧٩ ،والخرشي ٥/ ١٢٩ ،والمواهب مع التاج والإكليل ٤/ ٤٩٤.

(١) مابين القوسين ساقط من ب ،جـ.

(٢) د : ظهر به.

(٣) بعد العقد : ساقط من جـ.

(٤) جـ : "الجناية " وهو خطأ.

(٥) أ ، ب ،د : "لم يقتضى " والتصويب من جـ.

(٦) من ب ،جـ. وفي أ ،د : " وكذلك " ويأباه السياق.

(٧) ب : " لو وجب حطّ الخيانة " جـ : " لو وجب دخل الخيانة".

(٨) ب ،جـ : الثوب المبيع .

(٩) من : أثبته من ب ،جـ ،وليس في أ ،د .

باقيا فهل تحطّ الخيانة ونصيبها [١] من الربح أم لا ؟ على قولين: [٢]

أحدهما - قاله في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى -: [٣] أنّ الخيانة لا تحطّ وأنّ للمشترى أخذه بالثمن الأوّل ، وهو مائة وعشرة دراهم ؛ لأنّ البائع لم يرض باخراج الثوب من يده ، إلّا بهذا الثمن . فعلى هذا يكون للمشترى الخيار لظهور الخيانة بين أن يقيم على البيع بهذا الثمن أو يفسخ ، ولا خيار للبائع .

والقول الثاني: - نصّ عليه في هذا الموضع من كتاب البيوع -: أنّ الخيانة تحطّ وحصّتها من الربح ، لأنّ عقد البيع كان بالثمن ، وربح العشرة واحد ، فاذا بان أنّ الثمن ثمانون [٤] درهما ، فللمشترى أن يأخذه بثمانية وثمانين درهما . فعلى هذا هل يثبت للمشترى الخيار (أم لا ؟ قال الشافعي في هذا الموضع إذا ظهرت خيانة البائع ، كان للمشترى الخيار) [٥] . وقال [٦] في البائع إذا عاد وأخبر بنقصان الثمن [٧] أنه ليس للمشترى الخيار. فاختلف أصحابنا في المسألتين ، فكان بعضهم ينقل جواب [٨] كل مسألة الى الأخرى ويخرّجهما [٩] على قولين: [١٠]

---

(١) ب ، جـ : وحصّتها .

(٢) والقول الثاني هو الصحيح الأظهر. أنظر: المهذّب ٢٩٧/١ ، والفتح ٩ / ١٣ ونسب القول الأوّل إلى أبي حنيفة ، والثاني إلى أحمد، والروضة ٣ / ٥٣٣ .

(٣) راجع : الأمّ ٧ / ٩٦ .

(٤) جـ : "ثمانين" خطأ .

(٥) مابين القوسين ساقط من جـ .

(٦) تقدّم في ص : ٩٥٩ ، ٩٧٥ - ٩٧٦ .

(٧) الثمن : ليس في جـ.

(٨) جـ : " جواز " وهوتصحيف.

(٩) أ ، د : " ويخرجوا " والتصويب من ب ، جـ.

(١٠) وهو أصحّ الطريقين وأظهرهما . انظر : الفتح ٩ / ١٣ ، والروضة ٥٣٣/٣ .

أحدهما : (١) لا خيار للمشترى ،سواء حطّت (٢) الزيادة باقرار البائع أو بقيام البيّنة عليه بالخيانة ،لأنه لمّا رضي أن يأخذ الثوب بمائة وعشرة دراهم وصار (٣) العقد له / لازما . فاذا أخذ (٤) بثمانية وثمانين (٥) فأولى أن يكون به (٦) راضيا ،ويكون العقد له لازما . ١٣٥/أ

والقول الثاني (٧) : أنّ للمشترى الخيار في فسخ البيع أو إمضائه ،لأنه قد يكون له غرض في ابتياعه بمائة وعشرة يعدمه إذا ابتاعه بثمانية وثمانين وهو أن يكون وكيلا وكّله أن يشترى ثوبا بهذا الثمن ،أو وصيّا في وصيّة ، أو حالفا (٨) بيمين (٩) قصد أن يبرّ فيها ، فاذا نقص من الثمن فاته الغرض ،فوجب له (١٠) الخيار .

وقال آخرون من أصحابنا : إنّ الجواب محمول على ظاهره في الموضعين وليست المسألة على قولين ،بل (١١) لا خيار له إذا حطّت الزيادة باقرار البائع،*(وله الخيار إذا حطّت ببيّنة قامت بخيانة البائع .

---

(١) وهو أظهر القولين . انظر : المرجعين السابقين .

(٢) من جـ ، وفي باقي النسخ :" دخلت " وهو خطأ .

(٣) من ب ،جـ. وفي أ ، د : "صار " بسقوط الواو.

(٤) ب ،جـ : أخذه .

(٥) جـ : بثمانية وثمانين درهما .

(٦) به : ليس في جـ.

(٧) وبه قال الإمام أبوحنيفة أيضا . انظر : فتح العزيز ٩ / ١٤ .

(٨) أ ،د "أو حالف " والتصويب من ب ،جـ.

(٩) جـ : في يمين .

(١٠) له : ساقط من د .

(١١) د : "قيل " وهو خطأ .

والفرق بينهما : أنّ الحطيطة إذا كانت[1] باقرار البائع[2]* دلّت على أمانته فلم يثبت في العقد خيار لسلامته ، واذا كانت[3] الحطيطة بالبّينة ، دلّت على خيانته ، ولم يؤ من حدوث خيانة ثانية من جهته ، فيثبت في العقد الخيار للمشترى .

فاذا قيل : إنّ للمشترى الخيار (فاختار الفسخ ، عاد الثوب إلى البائع ، وإن اختار المقام ، أوقيل أن ليس للمشترى خيار)[4] ، فهل للبائع الخيار أم لا ؟ على قولين :[5]

أحدهما - قاله في كتاب البيوع -[6] : لا خيار له ، لأنه لم يُغَرَّ بشيء[7] ، ولا دلّس عليه بعيب .

والقول الثاني - قاله في[8] اختلاف ابي حنيفة وابن أبي ليلى - : له الخيار[9] ؛ لأنه لم يطب نفسا باخراج الثوب من يده إلّا بالثمن الذى ذكره حقّا كان أو باطلا .

---

(١) ب : " واذا كان " خطأ .

(٢) ما بين القوسين تكرر في ج .

(٣) د : " واذا قامت " وهو تصحيف .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) فيه وجهان ، وقيل : قولان ، أصحّهما : لا خيار له . أنظر : الفتح ٩/ ١٤ ، والروضة ٣/ ٥٣٣ .

(٦) وقد تقدّم نصّه في ص : ٩٨٢ - ٩٨٣ .

(٧) ج : لأنه لم يغش .

(٨) د : من .

(٩) قلت : بل نصّ هنا أيضا على أنه لا خيار للبائع . انظر : الأم ٧/ ٩٦ .

- فصـــل -

فأمّا إن كان الثوب تالفا ، وقد قامت البيّنة بخيانة البائع ، فالواجب أن تحطّ (١) الخيانة وحصّتها من الربح قولا واحدا (٢) ، لأنه مع التلف كالعيب المرجوع فيه بالأرش ، ثم لا خيار للمشترى فيه قولا واحدا (٣) ، لأنّ خياره يثبت مع إمكان الردّ .

فأمّا البائع ، فان قيل : لا خيار له مع بقاء السلعة ، فلا خيار له (٤) مع تلفها (وإن قيل : له الخيار مع بقاء السلعة ، فله الخيار (٥) مع تلفها) (٦) ، لأنّ تلف ذلك من (٧) يد المشترى إذا (٨) منعه من الفسخ ، لم يمنع البائع من الفسخ . ألا ترى لو أنّ رجلا ابتاع عبدا بأمة ، وتقابضا ، ثم مات العبد ، ووجد كل واحد منهما عيبا فيما ابتاعه لم يكن لمشترى العبد خيار لتلفه في يده ، وله الرجوع بأرشه ، ووجب لمشترى

---

(١) من ب وفي سائر النسخ : "أن تجعل" وهو تصحيف.

(٢) قلت : فيه طريقان للأصحاب ، فمنهم من جعله على قول واحد وهو صنيع الماوردى والشيرازى . ومنهم من أجرى فيه القولين كما في الزيادة ، وهو الأصحّ لدى الشيخين . أنظر : المهذّب ٢٩٧/١ ، والفتح ١٤/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ .

(٣) قلت : فصّل فيه الشيخان فقالا : إننا إن قلنا بالانحطاط ، فلا خيار للمشترى وإن قلنا بعدم الانحطاط ، فهل للمشترى الفسخ ؟ فيه وجهان . أظهرهما : لا ، كما لو عرف العيب بعد تلف المبيع ، ولكن يرجع بقدر التفاوت وحصّته من الربح . كما يرجع بأرش العيب . انظر : المرجعين السابقين الأخيرين .

(٤) له : ساقط من د .

(٥) انظر : الفتح ١٤/٩ ، والروضة ٥٣٣/٣ .

(٦) ما بين القوسين ساقط من جـ .

(٧) ب ، جـ : في .

(٨) د : "فاذا" ويأباه السياق .

الأمة الخيار ،وإن تلف ما قابلها (١) ، لبقائها في يده)(٢).

فاذا ثبت أنّ للبائع الخيار ، فان اختار المقام والامضاء كان له الثمن ، بعد حطّ الخيانة وحصّتها من الربح ، وان (٣) اختار الفسخ رجع على المشترى بقيمة الثوب ما بلغت (٤) ،وردّ ما قبضه (٥) / من الثمن . والله أعلم. ١٣٥/ب

- فصل -

فأمّا المزني فانه تأوّل (٦) كلام الشافعي فيما قصد به مالكا في إبطاله البيع من ظهور (٧) الخيانة ،وهو قوله : " لأنه لم ينعقد على محرّم عليهما معا . وانما وقع محرّما على الخائن منهما " فحمله على أنّ الشافعي أراد به تحريم الثمن على أحدهما فقال (٨) المزني : لوكان الثمن حراما وقت العقد (٩) ، كان البيع فاسدا ،وإنما حرم (١٠) السبب وهو الخيانة دون الثمن ،فالجواب أنّ الشافعي لم يرد تحريم الثمن في عينه ، كما توهّم المزني ، وانما أراد تحريم السبب ،وهو التدليس والخيانة ،

---

(١) ب : ما يقابلها .
(٢) ما بين القوسين ساقط من جـ.
(٣) في النسخ :" فان " وهو خطأ والصواب ما أثبته .
(٤) جـ : بالعيب بدل "ما بلغت " وهوتصحيف.
(٥) من ب ،جـ . وفي أ ،د : وردّ باقيه .
(٦) ب : أول .
(٧) ب ،جـ : بظهور.
(٨) جـ : "وقال " ولا يتحمّله السياق .
(٩) ب : "وقعت العقدة " خطأ .
(١٠) جـ : يحرم .

فكان التحريم راجعا إلى فعل[١] العاقد ، (لا إلى نفس العقد . والتحريم إذا رجع إلى العاقد)[٢] دون العقد ، لم يبطل العقد كتحريم النجش وتلقّي الركبان ، ولو رجع التحريم إلى العقد دون العاقد كان مبطلا للعقد ، كتحريم المنابذة والملامسة وبيع الحمل ، فعبّر الشافعي عن تحريم الفعـــل بتحريم الثمن ، لأنه لمّا كان مأخوذا بسبب[٣] محرّم ، جاز أن يعبّر عنـــه بأنه محرّم ، والله أعلم بالصواب .[٤]

* * *

---

(١) أ ، د : " إلى قصد " والتصويب من ب ، جـ.

(٢) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٣) ب ، جـ : عن سبب .

(٤) والله أعلم بالصواب : ليست في ب ، جـ.

[- باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقلّ من الثمن -]

قال الشافعي [(١)] : (ولا بأس بأن [(٢)] يبيع الرجل السلعة إلى أجل ، ويشتريها من المشترى بأقلّ من الثمن [(٣)] ، بنقد وعرض وإلى أجل [(٤)] . إلى آخر الباب) . [(٥)]

وهذا كما قال . إذا باع الرجل سلعة بثمن حالّ أو مؤجّل وافترقا على الرضاء به . جاز أن يبتاعها من المشترى قبل قبض الثمن وبعده بمثل ذلك الثمن وبأكثر منه أو أقلّ من جنسه أو غير جنسه حالّاً أو مؤجّلا .

---

(١) ب ، د : الشافعي رضي اللّٰه عنه .

(٢) في النسخ "أن" بدون الباء ، والمثبت من م .

(٣) من الثمن : ساقط من م .

(٤) والى أجل : ليس في جـ .

(٥) انظر : مختصر المزني ٢ / ٢٠١ وتمامه : (قال بعض الناس : إنّ امرأة أتت عائشة فسألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا إلى العطاء ، ثم اشترته منه بأقلّ ، فقالت عائشة : بئسما شريت وبئسما ابتعت ، أخبرى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه وسلّم إلاّ أن يتوب .
قال الشافعي : وهو مجمل ، ولو كان هذا ثابتا فقد تكون عائشة عابت البيع إلى العطاء ، لأنه أجل غير معلوم ، وزيد صحابي . واذا اختلفوا فمذهبنا القياس ، وهو مع زيد ، ونحن لا نثبت مثل هذا على عائشة ، وإذا كانت هذه السلعة لي كسائر مالي لم لا أبيع ملكي بما شئت وشاء المشترى ؟) أهـ . وراجع في المسألة أيضا : الأمّ ٣ / ٦٨ ، والفتح ٨ / ٢٣١ ، والروضة ٣ / ٤١٦ .

وبه قال من الصحابة ابن عمر (١) ،وزيد بن أرقم ،وجلّ التابعين ،وجمهور الفقهاء (٢).

وقال مالك (٣) : لا يجوز أن يشتريه بأقلّ من ذلك الثمن نقداً، ويجوز أن يشتريه بمثله أو بأكثر منه نقداً ونسأ.

وقال أبوحنيفة (٤) : إن كان الثمنان (٥) من جنس واحد يدخله الربا كالورق (٦) لم يجز أن يبتاعه ثانية إلاّ بمثل الثمن

---

(١) انظر : المحلّى ٩/ ٥١ ، وسنن البيهقي ٥/ ٣٣١ وقال صاحب الجوهر النقي : ونقل عن ابن عمر ما يعارض ما ذكره البيهقي عنه .

(٢) قلت : وقع سهو من المؤلف في نسبة جميع هذه الصور الى الجمهور ؛ لأنّ من بين هذه الصور بيع العينة ، وهو أن يبيع شيئا بثمن مؤجّل ، ثم يشتريه بأقلّ منه نقداً ، فهذا لا يجوز عند جمهور الفقهاء ،كما لم يثبت أن أحداً من الصحابة ،بل ولا من التابعين رخّص في ذلك ،بل عامّة التابعين على تحريم ذلك . وأجازه الشافعي - مع الكراهة - وداود الظاهري وأصحابه .
انظر في المسألة : بداية المجتهد ٢/ ١١٧ ،والمحلّى ٩/ ٤٧ ومابعدها ،والمغني لابن قدامة ٤/ ١٣٢ ،والفتح ٨/ ٢٣١ ورحمة الأمة ص ١٤٣ ،والميزان للشعراني ٢/ ٥٦.

(٣) انظر : المدوّنة ٤/ ١١٧ ،والقوانين ص ٢٩٧ ،والمنتقى ٥/ ٣٢ ، والبداية ٢/ ١١٧ ،والمواهب ٤/ ٣٩٢ ،والخرشي ٥/ ٩٥.

(٤) أنظر : الهداية مع الفتح ٦/ ٣٢ ،والبدائع ٧/ ٣١٤٢ وما بعدها ،والتبيين ٤/ ٥٣.

(٥) من ب ج . أ : "الثمنين" د : "الثمن".

(٦) جـ : "كالنقدين" وهو خطأ.

الأوّل (من غير زيادة ولا نقص وإن كان الثمن ما لا ربا فيه كالعروض جاز(١) أن يبتاعه ثانية بمثل الثمن الأوّل(٢)) (٣) وأكثر من الثمن الأوّل ، وأقلّ .

وإن كان الثمنان من جنسين فيهما الربا كالذهب والورق جاز التفاضل بين الثمنين قياسا(٤) ، ولم يجز استحسانا .

واستدلّوا برواية ابن أبي اسحاق السبيعي(٥) عن أمّه عالية(٦) بنت أيفع(٧) قالت : خرجت أنا وأمّ مُحِبّة(٨) إلى الحجّ ، فدخلنا

---

(١) وقد حكى ابن قدامة في مغنيه (١٣٢/٤) عدم الخلاف في جوازه .

(٢) بمثل الثمن الأوّل : ساقط من ب ، جـ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) وذلك لأنهما جنسان مختلفان حقيقة ، فالتحقا بسائر الأجناس المختلفة . ووجه الاستحسان : أنهما في الثمنية كجنس واحد ، فيتحقّق الربا . انظر : البدائع ٣١٤٣/٧ .

(٥) هو يونس بن أبي اسحاق السبيعي أبو اسرائيل الكوفي ، صدوق يهم قليلا ، وثّقه ابن معين ، وقال أبوحاتم : لا يحتجّ به ، مات سنة ١٥٢ هـ على الصحيح . انظر : الجرح ٢٤٣/٩ ، والكاشف ٣٠٣/٣ ، والتهذيب ٤٣٣/١١ ، والتقريب ص ٣٩٠ .

(٦) د : "عن أم عالية" وهو خطأ .

(٧) هي العالية بنت أيفع بن شراحيل ، امرأة أبي اسحاق من التابعيات ، سمعت من عائشة . انظر طبقات ابن سعد ٣٥٧/٨ .

(٨) ذكرها ابن سعد في طبقاته ٣٥٨/٨ فقال : أم محبة سألت ابن عبّاس وسمعت منه ، وروى عنها أبو اسحاق السبيعي . وفي التعليق المغني ٥٢/٣ : "أم مُحِبّة بضم الميم وكسر الحاء ، كما ضبطه الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف .

على عائشة رضي الله عنها / فسلّمنا عليها ،فقالت من أين ؟ فقلنا[1] ١٣٦/أ
من الكوفة ،فكأنها[2] أعرضت ،فقالت لها أم مُحِبّة : يا أمّ المؤمنين ،
كانت لي جارية ،وبعتها من[3] زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ،
فأراد بيعها ،فاشتريتها منه بستّمائة درهم نقدا ، فقالت عائشة[4] : بئس
ما شريت ،وبئس ما ابتعت ،أخبري زيد بن أرقم أنه قد[5] أبطل جهاده
مع رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ،إلاّ أن يتوب ،فقالت : " أرأيت لو أخذت
رأس مالي ؟" فتلت[6] عائشة[7] قول الله تعالى[8] : * فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف *.[9] [10]

قالوا : فلما أبطلت عائشة[11] البيع وجهاد زيد ، لم يجز
أن يكون عن اجتهاد منها ،بل عن نصّ وتوقيف لأمرين : أحدهما : أنّ
القياس لا يقتضيه . والثاني: أنّ إبطال الجهاد بالاجتهاد

---

(١) ج : قلنا .
(٢) ج : "كأنها " بدون الفاء ،ويأباه السياق.
(٣) ج : بدون من.
(٤) ج : عائشة رضي الله عنها .
(٥) ج : بدون قد .
(٦) ب ،ج : قالت فتلت.
(٧) ج : عائشة رضي الله عنها .
(٨) د : الله عزّ وجلّ .
(٩) سورة البقرة : ٢٧٥.
(١٠) أخرجه الدارقطني ٥٢/٣ ،والبيهقي ٣٣٠/٥، وابن حزم في المحلّى ٤٨/٩ ،كما ذكره الشافعي في الأمّ ٦٨/٣ ،ونسبه ابن قدامة في المغني ٢٢/٤ إلى أحمد وسعيد بن منصور.
وهذا الأثر ضعّفه ابن حزم ولكن قوّاه ابن التركماني في الجوهر النقي ،وكذا الزيلعي في نصب الراية ١٥/٤.
(١١) ج : عائشة رضوان الله عليها .

لا يجوز . فثبت (١) أنّ (٢) قول عائشة (٣) محمول على سماعها ذلك من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. (٤)

قالوا : وقد روى عن ابن عبّاس (٥) أنه سئل عمن باع حريرة (٦) بمائة درهم ، ثم اشتراها بخمسين درهما ، فقال : دراهم بدراهم متفاضلة ، وحريرة دخلت بينهما . (٧)

قالوا : ولأنّ ذلك ذريعة إلى الربا ، ومؤدّ (٨) إليه ، وما كان مؤدّيا (٩) إلى الربا ، كان ممنوعا منه (١٠) ، لقول النبيّ (١١) صلّى الله عليه وسلّم : "من حام حول الحمى ، يوشك أن يقع فيه" (١٢)

---

(١) من ب ، جـ . وفي أ ، د : "ثبت" ويأباه السياق.

(٢) أ د : "بأنّ" وهو خطأ.

(٣) جـ : عائشة رضي الله عنها .

(٤) قلت : واضافة إلى ذلك فقد ورد النهي الصريح عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم في بيع العينة . أنظر ص : ١١٦٥.

(٥) جـ : ابن عبّاس رضي الله عنه.

(٦) جـ : "جوهرة" وهو تصحيف.

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٤٨ ، وابن حزم في المحلّى ٦/٤٩ بنحوه ، كما ذكره ابن قدامة في المغني ٤/١٣٢ قال : يعني خرقة حرير جعلاها في بيعهما .

(٨) جـ : "مؤدّيا" وهو خطأ.

(٩) من ب ، جـ . وفي أ ، د : "مؤدّ" وهو خطأ.

(١٠) منه : ساقط من جـ.

(١١) ب : لقوله.

(١٢) هذا جزء من حديث طويل روى عن النعمان بن بشير . أخرجه البخاري ١/٢٠ ، ٣/٦٩ ، ومسلم ٣/١٢١٩ ، وأبو داود ٣/٢٤٣ ، والترمذي ٣/٥١١ ، والنسائي ٧/٢١٣ ، وابن ماجة ٢/١٣١٨.

وقال النبي [١] صلّى اللّه عليه وسلّم " لعن اللّه اليهود ، حرّمت عليهم الشحوم ، فجملوها وباعوها ،وأكلوا [٢] أثمانها " [٣] يعني [٤] بقوله "جملوها " أذابوها [٥] . فلعنهم لأنّهم فعلوا ما أدّاهم إلى الحرام، ولأنّ البائع في ابتياعه الثاني قد استفضل زيادة ليس في مقابلها عوض مضمون ،فوجب أن يمنع منه ،لنهيه صلّى اللّه عليه وسلّم عن ربح ما لم يضمن [٦].

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه من جواز البيع عموم [٧] قوله تعالى ﴿ وأحلّ اللّه البيع ﴾ [٨] ،ولأنّ كل سلعة جاز [٩] بيعها من غير بائعها بثمن ، جاز بيعها (من بائعها بذلك الثمن كالعروض [١٠] ، ولأنّ كل سلعة جاز بيعها من شخص بعرض جاز بيعها) [١١] منه بقيمة

---

(١) ب ،جـ : بدون النبيّ .

(٢) د : فأكلوا .

(٣) روى مطوّلا من حديث جابر وغيره . أخرجه البخاري ٣ / ١١٠ ، ومسلم ٣ / ١٢٠٧ ، وأبو داود ٣ / ٢٨٠ ،والترمذى ٣ / ٥٩١ ، والنسائي ٧ / ٢٧٢ ،وابن ماجة ٢ / ٧٣٢ ،وابن الجارود ص ٢٠٠ ،والدارقطنى ٣ / ٢٨٠.

(٤) يعني : ساقط من د .

(٥) جـ: أى أذابوها .

(٦) تقدّم تخريجه في ص ٤٩١ هامش (١).

(٧) عموم : ساقط من د .

(٨) سورة البقرة : ٢٧٥.

(٩) جـ : "كان " وهو تصحيف .

(١٠) ب ،جـ : كالعرض .

(١١) ما بين القوسين ساقط من د .

ذلك العرض كالأجنبي ، ولأنه بيع لا يحرم التفاضل في عوضه (١) ، فوجب أن يكون (٢) الرجوع في تقدير (٣) ثمنه إلى عاقدين (٤) كالبيع الأول .

ولأنّ لكلّ واحد من العقدين حكم نفسه بدليل أنّ كل واحد منهما يصح مع الرضاء (٥) ويبطل مع الإكراه ، ويفتقر إلى البذل والقبول ، وإذا (٦) انفرد كلّ واحد منهما بحكم نفسه لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بناء أحدهما على الآخر .

وأمّا الجواب عن استدلالهم بحديث عائشة (٧) فمن وجوه :

أحدهـــــا : (٨) ضعف إسناده ووهاء طريقة (٩) / قال ١٣٦/ب

---

(١) ب : عوضيه .

(٢) جـ : "أن لا يكون " وهو خطأ .

(٣) د : "في نقد " بابدال التاء بالنون ، وبسقوط الحرفين الاخيرين .

(٤) ب : "عاقد به " وهوتصحيف .

(٥) ب : مع التراضي .

(٦) ب : فاذا .

(٧) جـ : عائشة رضي الله عنها .

(٨) أحدها : ساقط من جـ .

(٩) قلت : قد صحّحه غير واحد . قال في التنقيح : إسناده جيّد وإن كان الشافعي لا يثبت مثله عن عائشة . وكذلك الدارقطني قال في العالية : " هي مجهولة لا يحتجّ بها " فيه نظر ، فقد خالفه غيره ، ولولا أنّ عند أمّ المؤمنين علما من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّ هذا محرّم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد أهـ .

وكذلك صحّحه ابن الجوزى ، وردّ على من ضعّفه من أجل جهالة العالية هذه . فقال : " قلنا : بل هي امرأة معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات ".

===

الشافعي[١] : قلت لمن احتجّ بهذا الحديث أتعرف هذه المرأة ؟ فقال : لا . فقلت : كيف يصحّ لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه؟. على أنّ اباحنيفة لا يقبل من أحاديث النساء إلّا ما روته عائشة وأمّ سلمة.[٢][٣]

والجواب الثاني : أنّ عائشة[٤] إنما أبطلت البيع[٥] إلى العطاء لأنه أجل مجهول . والآجال المجهولة يبطل بها البيع.[٦]

=== وقال العلّامة ابن التركماني في الجوهر النقيّ : " العالية معروفة روى عنها زوجها وابنها وهما إمامان . وذكرها ابن حبّان في الثقات وذهب إلى حديثها هذا الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة وأصحابه ، ومالك وابن حنبل ، والحسن بن صالح وغيرهم " راجع بهذا الخصوص : التعليق المغني على الدارقطني ٥٢/٣ ، ونصب الراية ١٥/٤ ، والجوهر النقي ٣٣٠/٥ .

(١) ب : " الشافعي رضي اللّٰه عنه " قلت : لم أقف على كلام الشافعي في مظانّه من الأمّ.

(٢) قلت : لم أجد لهذا القول مرجعا ، بل بالعكس ذكر الأصوليّون حجيّة أخبار النساء بالعموم إذا توفّرت فيها الشروط ، ولم يحكوا فيه خلافا . راجع : أصول السرخسي ٣٣٢/١ ، ٣٥٢ وما بعدها وفيها : " ألا ترى أنّ الصحابة كانوا يرجعون إلى أزواج رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه وسلّم فيما يشكل عليهم من أمر الدين ، فيعتمدون خبرهم " وكشف الأسرار ٤٠٣/٢ ، والتمهيد للكلوذاني ١٠٧/٣ ، والفواتح ١٤٤/٢ وفيها : " يقبل خبر المرأة العادلة من غير مشاركة رجل معها بخلاف الشهادة إذ اشتراط الذكورة فيها بالنصّ على خلاف القياس ".

(٣) هي أمّ المؤمنين أم سلمة هند بنت أبي أميّة بن المغيرة المخزوميّة . كنّيت بابنها . كانت هي وزوجها أوّل من هاجر إلى الحبشة . وتزوّجها النبيّ صلّى اللّٰه عليه وسلّم بعد أبي سلمة سنة أربع من الهجرة . وتوفّيت بالمدينة سنة ٥٩ هـ ، ولها ٨٤ سنة ، وهي آخر أمّهات المؤمنين وفاة . انظر : تهذيب الأسماء ٣٦١/٢ .

(٤) جـ : عائشة رضي اللّٰه عنها .

(٥) البيع : ساقط من جـ .

(٦) وردّ العلامة ابن التركماني على هذا فقال : وفي قولها : " أرأيت إن لم آخذ إلّا رأس مالي؟" وتلاوة عائشة الآية دليل على إبقائها ===

فان قالوا : إنما أنكرت البيع الثاني ، فانها [١] قالت : بئس ما شريت [٢] وبئس ما ابتعت تكريرا لإنكار البيع الثاني . قيل : هذا غلط ، لأنها قالت بئس ما شريت بمعنى "بعت" قال الله تعالى :

* وشروه بثمن بخس * [٣] أى باعوه ، وقال الشاعر :

وشريتُ بُردا ليتني من بعد برد كنت هَامة [٤]

والجواب الثالث : أنه لو سلم أنّ [٥] إنكار عائشة [٦] توجّه إلى البيع الثاني دون الأول ، لما كان فيه دليل ، لأنّ زيدا قد خالفها [٧].

=== العقد الأول ، وأنّ المنكر هو الثاني ، ولو كانت إنما أنكرته لكونه بيعا إلى العطاء - كما زعم الشافعي - لما أبقت الأول . الجوهر النقي ٥/٣٣١ .

(١) ب ، جـ : لأنها .

(٢) جـ : ما اشتريت.

(٣) سورة يوسف : ٢٠ .

(٤) هذا البيت ليزيد بن مفرّغ الحميرى ، ذكره ابن منظور في اللسان ٨٧/٣ وفيه "من قبل" والجوهرى في الصحاح ٤٤٧/٢ قال : والبرد من الثياب ، وهو هنا اسم عبد "وشريت" أى : بعت.

(٥) أنّ : ساقط من جـ ، د .

(٦) جـ : عائشة رضي الله عنها .

(٧) قلت : لا يصحّ أن يقال : "أنه خالفها" ، لأنه لم يقل : إنّ هذا حلال ، بل يجوز أن يكون فعله جريا على العادة من غير تأمّل فيه ولا اعتقاد ، ولعلّه فعله ساهيا ، ولهذا لم يذكر أنه أصرّ على ذلك بعد إنكار عائشة عليه ذلك ، وكثيرا ما قد يفعل الرجل الشيء مع ذهوله عمّا في ضمنه من مفسدة ، فاذا نبّه انتبه ، وإذا كان فعله هذا محتملا ، لم يجز أن ينسب لأجله اعتقاد حلّ هذا إلى زيد رضي الله عنه ، لا سيّما وأمّ ولده إنما دخلت على عائشة رضي الله عنها مستفتية ، وقد رجعت عن هذا إلى رأس مالها فعلم أنهما لم يكونا على بصيرة منه ، وأنه لم يتمّ العقد بينهما .

واذا اختلف الصحابيان ، وكان القياس مع أحدهما ،كان قول من عاضده القياس أولى ،والقياس مع زيد دون عائشة.(١)

فان قيل : فليس الاحتجاج بقول عائشة ،وإنما(٢) الاحتجاج بالتوقيف في قولها(٣) ،لأنها لاتبطل جهاد زيد باجتهادها .

قيل : لا يصحّ حمل قولها على التوقيف من وجهين :

أحدهما : أنه إثبات نصّ باستدلال ،وابطال قياس(٤) باحتمال .

والثاني : إمكان مقابلة ذلك بمثله في حمل ما ذهب إليه زيد على التوقيف، وإذا(٥) أمكن معارضة الشيء بمثله سقط .

وليس ما ذكرته عائشة(٦) من أنّ زيدا قد أبطل جهاده دليلا(٧) على التوقيف ،لأنه لا يجوز أن يضاف إلى أحد من الصحابة(٨) أنه علم بنصّ فخالفه ،وإن لم يعلم به(٩) لم يبطل جهاده(١٠) ،وليس

---

(١) جـ : عائشة رضي الله عنها .

(٢) د : " وأمّا " وهوتصحيف .

(٣) د : " مع قولها " وهوخطأ .

(٤) قياس : أثبته من ب ،جـ.ولا يوجد في أ ، د .

(٥) ب ،جـ : فاذا .

(٦) جـ : عائشة رضي الله عنها .

(٧) جـ : " دليل " وهو خطأ .

(٨) جـ : من أصحابه .

(٩) أ : "لم يعلمه به " والتصويب من باقي النسخ .

(١٠) قلت : إنها لم تقصد تكفير زيد إذ كيف تكفّره ولم يبلغه النهي ؟ فلمّا بلغه امتنع منه . فاذاً هي قصدت بقولها : " إنه قد أبطل جهاده "أي أنّ فعله من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد فيصير بمنزلة من يعمل حسنة وسيّئة بقدرها ، فكأنه ما عمل شيئا .

هذا القول منها إلّا كقول ابن عبّاس [١] : " ألاَ يتّقي اللّهَ [٢] زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا؟" [٣] وكقوله في العول [٤] : " ما جعل اللّه في المال نصفا وثلثين ، من شاء باهلته عند الحجر الأسود" [٥] يعني : لاعنته . ولم يدلّ هذا القول منه مع ما فيه من الوعيد والملاعنة ، على أنّ في الجدّ والعول نصّا .

---

(١) وقد قاله ردّا على زيد بن ثابت في توريثه الإخوة مع الجدّ ، لأنّ زيدا كان يقول بمقاسمة الإخوة للجدّ في الميراث ، وعدم حجبهم به ، وكان مذهب ابن عبّاس وجمهور الصحابة أنّ الجدّ يسقط جميع الإخوة والأخوات كما يسقطهم الأب . انظر في المسألة : المحلّى ٢٨٢/٩ ، والمغني لابن قدامة ٣٠٦/٦ ، وبداية المجتهد ٢٩٠/٢ .

(٢) أثبته من جـ ، وفي أ ، د : " ألا ليتقي " وفي ب : " ألا لا يتقي " .

(٣) لم أعثر عليه في مظانّه من كتب الآثار التي استطعت الرجوع إليها ، ولكن ذكره الرازي في المحصول ٧٦/٢/٢ ، والآمدي في الإحكام ١٢٢/٣ ، كما أورده ابن عبد البرّ في جامع بيان العلم ١٠٧/٢ بلفظ قريب منه ، وفيه زيادة " إن شاء باهلته عند الحجر الأسود " .

(٤) معنى العول : أن تكثر السهام حتّى لا يسعها المال ، فمذهب زيد وسائر الصحابة والأئمة الأربعة أنه ينشأ فيها العول ، فيوجب نقصا لكل وارث على نسبة ميراثه وقال ابن عبّاس وطائفة : لا عول بل يقدّم قوم ويؤخّر آخرون . انظر التفصيل في : المغني لابن قدامة ٢٨١/٦ ، والمحلّى ٢٦٢/٩ ، والقوانين ص ٤٢٩ .

(٥) ذكره عبد الرزّاق في المصنّف ٢٥٤/١٠ ، والبيهقي في السنن ٢٥٣/٦ ، وابن حزم في المحلّى ٢٦٤/٩ ، وابن قدامة في المغني ٢٨٢/٦ بلفظ : " إنّ الذي أحصى رمل عالج عددا أعدل من أن يجعل في المال نصفا ونصفا وثلثا ، هذان نصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث ؟ " وذكر المباهلة لم يرد في غير المغني .

وأمّا الجواب عن حديث ابن عبّاس فهو الجواب الثالث عن حديث عائشة[(١)].

وأمّا الجواب عن قولهم: "إنه ذريعة إلى الربا الحرام" فغلط، بل هو سبب يمنع من الربا الحرام، وما منع من الحرام كان ندبا. ألا ترى إلى حديث أبي سعيد الخدري[(٢)]: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم استعمل رجلا[(٣)] على خيبر، فجاء بتمر جنيب، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "أكلّ تمر خيبر[(٤)] هكذا؟" قال: "لا والله يا رسول الله / إنّا لنأخذ الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة[(٥)]" فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: لا تفعل[(٦)]، بع الجميع بالدراهم واشتر[(٧)] بالدراهم جنيبا"[(٨)]. الجميع[(٩)]: هو التمر المختلف الرديء[(١٠)]. والجنيب: هو الجيّد[(١١)]، فجعل ذلك ذريعة إلى ترك الربا، وندب إليه. ١٣٧/أ

---

(١) ج: عائشة رضي الله عنها.
(٢) ج: بزيادة "رضي الله عنه".
(٣) أ، د: "استعمله" والتصويب من ب، ج ومصادر التخريج.
وجاء في الدارقطني تسميته "سواد بن غزيّة أخو بني عديّ من الأنصار".
(٤) أكلّ تمر خيبر: ساقط من ج.
(٥) ب، ج: بثلاثة.
(٦) د: "لا تبع" وهو خطأ.
(٧) د: وابتع.
(٨) أخرجه البخاري ٣/١٠٢، ومسلم ٣/١٢١٥، والنسائي ٧/٢٣٨، ومالك في الموطّأ ٢/٦٢٣، والدارقطني ٣/١٧.
(٩) ج: "الجمع" وكذا في المصباح ص١٠٨.
(١٠) انظر: النهاية لابن الأثير ١/٢٩٦.
(١١) المرجع السابق ١/٣٠٤.

وأمّا الجواب عن قولهم:"إنه قد استفضل زيادة ليست في مقابلة عوض."فهو[١] أنه إذا انفرد كلّ واحد من العقدين بحكم نفسه لم يصحّ اعتبار هذا،وكان حكم العقد الثاني مع البائع[٢] ،كحكمه مع غير البائع.[٢] على أنّ كل واحد من العقدين قد قابل عوضا مضمونا .

- فصـــل -

وممّا يضاهي هذه المسألة أنّ من باع طعاما بثمن مؤجّل ، ثم حلّ الأجل جاز أن يأخذ بذلك الثمن طعاما وغيره من المطعوم.[٣]

وقال مالك[٤] : إن أخذ طعاما لم يجز ،وكان عين الربا ، وإن أخذ به غير الطعام[٥] جاز .

وقال أحمد[٦] واسحاق[٧] : لا يجوز أن يأخذ به مكيلا ولا موزونا . وكلا القولين فاسد ،والصحيح ما قلناه[٨] ،لما تقدّم من الدليل ،والله أعلم بالصواب .[٩]

* * *

---

(١) فهو : ساقط من ج.

(٢) أ : "التابع " في الموضعين ،والتصويب من باقي النسخ .

(٣) وهو مذهب جابر بن زيد ،وسعيد بن جبير ،وعلى بن حسين والشافعي وابن المنذر ،وأصحاب الرأى . انظر : المغني لابن قدامة ٤/١٣٤.

(٤) انظر : الموطّأ ٢/٦٥٩ ،والمدوّنة ٤/١٢١،والقوانين ص ٢٨١

(٥) د : "غيره من الطعام " وهو خطأ .

(٦) ج : أحمد بن حنبل .

(٧) وهو مذهب سعيد بن المسيّب أيضا . انظر : المغني لابن قدامة ٤/١٣٤.

(٨) ج : " والدليل على ما قلنا " وهو خطأ.

(٩) والله أعلم بالصواب : ليس في ج . وفي ب يوجد " والله أعلم "فقط.

- باب تفريق صفقة البيع وجمعها -

قال المزني (١) : (قد (٢) اختلف قول الشافعي (٣) في تفريق الصفقة (٤) وجمعها ، وبيّضت له (٥) موضعا لأجمع (٦) فيه شرح أولى قوليه في ذلك (٧) إن شاء الله) (٨) (٩)

أمّا الصفقة فانها عبارة عن العقد ،لأنّ العادة بين المتعاقدين جارية أن يَصْفِقَ كل واحد منهما على يد صاحبه عند تمام العقد وانبرامه .(١٠)
وقد روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال (١١) لحكيم بن حزام " بارك الله لك في صفقة يمينك " (١٢) . والصفقة : هي العقد ،ولا يخلو حالها إذا جمعت شيئين من ثلاثة أقسام : إمّا أن يكونا حلالين

---

(١) د : المزني رحمه الله .

(٢) م : بدون " قد " .

(٣) د : " الشافعي رضي الله عنه " م " الشافعي رحمه الله " .

(٤) ب : " صفقة البيع " ج : " الصفقة البيع " وهوخطأ .

(٥) ج : " ننصب لذلك " د : " ننصب له " وكلاهما خطأ .

(٦) ج : لنجمع .

(٧) ب : من ذلك

(٨) ب ،د : الله تعالى .

(٩) انظر : مختصر المزني ٢/ ٢٠١. وقال الرافعي في الفتح ٨/ ٢٣٣ : " هذا باب طويل التفريع كثير التردّد في قواعد الفقه ،ولطول تفاريعه لم ير المزني إيداع مسائله في المختصر ، وبيّض بعض ورقة أو ورقتين ليلخّصها أو يقتصر على ذكر أوضح القولين فيها . ثم لم يتفق له ذلك ،فبقي في النسخ القديمة بعض البياض " .

(١٠) انظر في معنى الصفقة : النظم المستعذب ١/ ٢٧٦ ،وتهذيب الأسماء ١/ ١٧٨ .

(١١) ب : " وقد روى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال " وكذا في ج غير أن " قال " ساقط فيها .

(١٢) ب ،ج : " في صفقتك " قلت : وهذا الدعاء دعا به النبيّ صلّى الله عليه وسلّم لعروة البارقي أيضا ، كما دعا به لحكيم ، وذلك بمناسبة خاصّة ،ويأتي الحديث بكامله في ص : ١١٣٢-١١٣٣ .

أو حرامين ،أو أحدهما حلالا والآخر حراما .

فان كانا حلالين ،صحّ العقد فيهما ، فان[1] كانا (من جنسين ،كرجل اشترى ثوبا وسيفا بدينار ،كان الثمن مقسّطا على قيمتهما . وإن كانا)[2] من جنس واحد فعلى ضربين :

أحدهما : أن تكون أجزاؤهما مختلفة كرجل اشترى ثوبين بدينار ، أوعبدين بمائة ،فان الثمن[3] يتقسّط على قيمتهما .

والثاني : أن تكون أجزاؤهما متماثلة كالحبوب والمائعات ، فان الثمن يتقسّط على أجزائهما .

وإن كانت الصفقة جمعت حرامين ، فالعقد باطل فيهما ، سواء كانا من جنسين كخنزير وزقّ[4] خمر ،أو كانا من / جنس واحد ١٣٧/ب كزقّين من خمر.

وإن كانت الصفقة جمعت حلالا وحراما[5] ، كعبد وحرّ ، أو خلّ وخمر ،أوملك وغصب ،فانّ العقد[6] في الحرام باطل ،وفي الحلال على قولين[7] إلاّ أن يذكر قسط الحلال من الثمن فيصحّ ،لأنّ تميّز ثمنه يجعله كالعقدين .

---

(١) فان : أثبته من ب ،جـ.وفي أ ،د :" وإن " ويأباه السياق.
(٢) ما بين القوسين ساقط من د .
(٣) ب : " كان الثمن " ويأباه السياق.
(٤) الزِقّ : بالكسر :" الظرف " والجمع : أزقاق ,وزقاق ،وزقّان . انظر : المصباح ص ٢٥٤.
(٥) ب ،جـ: جمعت حراما وحلالا .
(٦) د : "فان كان العقد " وهو خطأ .
(٧) أظهرهما : أنه يصحّ في الحلال .وعن أحمد روايتان كقولي الشافعي . انظر : الفتح ٢٣٣/٨ والمغني لابن قدامة ١٧٩/٤، ورحمة الأمة ص ١٣٤.

وقال أبو حنيفة : إن كان الحرام المضموم إلى الحلال ليس بمال كخلّ و خمر ، أوعبد وحرّ بطل العقد أيضا في الحلال [١] . وان كان الحرام في حكم المال كعبد يملكه ، وعبد غصبه ، أو جاريته وأمّ ولده ، صحّ العقد في الحلال ، وإن بطل في الحرام [٢] . وليس يفترق الحكم بذلك عندنا على القولين [٣] معا [٤] . فاذا قلنا ببطلان البيع في الحلال فله علّتان :

---

(١) خلافا لصاحبيه أبي يوسف و محمّد فقد قالا بصحّة البيع هنا في الحلال منهما إذا عيّن ثمنه وقت العقد . ودليلهما : أنّ الفساد بقدر المفسد ، فلا يتعدّى إلى الحلال ، كمن جمع بين الأجنبيّة وأخته . بخلاف ما إذا لم يعيّن ثمنه ، لأنّه مجهول .
ودليل أبي حنيفة : أنّ الحرّ ، وكذا الخمر لا يدخلان تحت العقد أصلا ، لأنهما ليسا بمال ، والبيع صفقة واحدة ، فكان القبول في الحرّ والخمر شرطا للبيع في العبد والخلّ ، وهذا شرط فاسد ، فبطل به العقد بخلاف النكاح ، لأنّه لا يبطل بالشروط الفاسدة . راجع البدائع ٦/ ٣١١ ، والهداية مع الفتح ٦/ ٤٥٦ ، والكنز مع التبيين ٤/ ٦٠ .

(٢) وبه قال صاحباه خلافا لزفر فانه قال بفساد العقد هنا اعتبارا بالصورة الأولى بجامع أنه باع ما لا يصحّ بيعه مع ما يصحّ مجموعا صفقة ، وهو يوجب انتفاء محليّة البيع بالاضافة إلى المجموع إذ يصدق أنّ الكلّ من حيث هو كلّ ليس بمال . وأمّا أبوحنيفة فقد قال بصحّة البيع هنا في الحلال بحصّته من الثمن ، لقيام الماليّة فيه بخلاف الصورة الأولى . راجع التفصيل في المراجع السابقة .

(٣) ب ، جـ : " قولين " وهو خطأ .

(٤) وعند المالكيّة : الصفقة كلها باطلة في الصورة الأولى وقيل : يصحّ البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن . وأمّا الصورة الثانية فيصحّ البيع فيهما . ولزمه في ملكه ، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته . أنظر : القوانين ص ٢٧٦ .

أحدهما : أنّ (١) ببطلان (٢) البيع في الحرام يبطل من الثمن ما قابله فيصير الباقي بعده مجهولا ، وجهالة الثمن تبطل البيع ، فوجب أن يكون بيع الحلال باطلا لجهالة ثمنه.

والعلة الثانية : أنها لفظة واحدة قد جمعت حراما وحلالا ، وتبعيضها غير ممكن ، وتغليب أحد الحكمين واجب ، فكان تغليب حكم الحرام في إبطال العقد (٣) (أولى من تغليب حكم الحلال في تصحيح العقد ، لأنّ تصحيح العقد) (٤) على الحرام لا يجوز ، وإبطال العقد على الحلال (٥) يجوز ، وكان ذلك بمثابة (٦) بيع درهم بدرهمين لمّا كان الدرهم بالدرهم حلالا ، والدرهم الزائد حراما ، بطل البيع في الجميع تغليبا لحكم التحريم.

وإذا قلنا بصحّة البيع في الحلال فوجهه شيئان :

أحدهما : أنه لمّا كان لو أفرد كلّ واحد منهما بالعقد خالف حكم صاحبه (٧) ، وجب إذا جمع بينهما في العقد أن يخالف كلّ واحد منهما حكم (٨) صاحبه كالمشترى صفقة عبدا وشقصا فيه الشفعة.

---

(١) أن : ليس في د .
(٢) أ ، ب ، د : "بطلان " والمثبت من جـ.
(٣) أ ، د : "في الإبطال للعقد " والمثبت من ب ، جـ ، وهو الأنسب .
(٤) ما بين القوسين ساقط من جـ.
(٥) د : في الحلال .
(٦) بمثابة : ساقط من جـ .
(٧) ب : "خالف كلّ واحد منهما حكم صاحبه " جـ : "خالفه حكم صاحبه ".
(٨) حكم : ليس في جـ.

والثاني : أنه لو كان الجمع بينهما يوجب حمل أحدهما على الآخر ، لم يكن حمل الصحّة على البطلان بأولى من حمل البطلان على الصحّة كالانفراد ، فوجب أن يسقط اعتبار أحدهما بالآخر لتكافى الأمرين ، ويحمل كلّ واحد منهما على مقتضاه في الحالين(١).

- فصل -

فاذا تقرّر توجيه القولين ، انتقل الكلام إلى التفريع عليهما .

فنقول : إذا قلنا إنّ تفريق الصفقة لا يجوز ، لم يخل حال الصفقة التي جمعت الحلال والحرام من أحد أمرين ؛ إمّا أن يكون من عقود البياعات التي تلزم(٢) فيها الأثمان ، أو تكون(٣) من غير البياعات . فإن كانت من غير البياعات كالهبات والرهون والنكاح ، وهو أن ينكح أجنبيّة وأختا ، أو يهب عبدا وحرّا ، أو يرهن غصبا وملكا ، فيبطل نكاح الأخت ، وهبة الحرّ ، ورهن الغصب . فان علّلنا لبطلان / تفريق(٤) الصفقة ١٣٨/أ بأنّ اللفظة واحدة(٥) قد جمعت حلالا وحراما(٦) ، فغلّب حكم التحريم ، بطل نكاح الأجنبيّة لبطلان نكاح الأخت ، وهبة العبد لبطلان هبة الحرّ ، ورهن الملك لبطلان رهن الغصب ، وإن علّلنا(٧) لبطلان تفريق الصفقة

---

(١) راجع في المسألة : المهذّب ٢٧٦/١ ، والتنبيه ص ٦٣ ، والفتح ٢٣٢/٨ ، والروضة ٤٢٠/٣ ، ورحمة الأمة ص ١٣٤ ، والمنهاج مع المغني ٤٠/٢ .

(٢) جـ : يلزم.

(٣) د : "أن تكون" وهو خطأ.

(٤) ب : "بطلان تفريق" د : "البطلان بتفريق".

(٥) د : اللفظة الواحدة .

(٦) ب ، جـ : حراما وحلالا .

(٧) وإن علّلنا : تكرر في ب .

بأن الثمن يصير (١) مجهولا ، صحّ نكاح الأجنبيّة ، وهبة العبد، ورهن الملك ؛ لأنها عقود لا تتضمن أثمانا (٢) تبطل بجهالتها. (٣)

وإن كانت الصفقة من عقود البياعات لم يخل ماجمعته الصفقة من الحلال والحرام من أحد أمرين إمّا أن يكون مما يتقسّط الثمن على قيمته أو على (٤) أجزائه ، فان كان ممّا يتقسّط (٥) الثمن على أجزائه مثل قفيزين من حنطة أحدهما مغصوب والآخر مملوك ، أو عبد نصفه حرّ ونصفه رقيق . فان علّلنا لبطلان الصفقة بأن اللفظة جمعت حلالا وحراما (٦) بطلت الصفقة كلها ههنا لوجود هذه العلة . وان علّلنا بأن الثمن يصير مجهولا ، صحّ البيع ههنا في الحلال ، وإن بطل في الحرام ؛ لأنّ ما يتقسّط الثمن على أجزائه قد أمن فيه جهالة ثمنه ؛ لأنه إذا ابتاع قفيزين بدينار فمعلوم أنّ أحدهما بنصف دينار . وإذا (٧) ابتاع عبدا بمائة فمعلوم أنّ نصفه بخمسين .

---

(١) يصير : أثبته من ب ، ج . وهو ساقط من أ ، د .

(٢) ب : "ايمانا" وهو خطأ .

(٣) انظر : التنبيه ص٦٣ وفيه : "فان جمع بينهما فيما لا عوض فيه كالرهن والهبة ، فقد قيل : يصحّ فيما يحلّ قولا واحدا ، وقيل : على قولين . والفتح ٨/٢٣٧ ، والروضة ٣/٤٢١ وذكرا أنّ الخلاف في ذلك يترتّب على البيع ، فان صحّحنا البيع فههنا أولى ، وإلاّ فقولان بناء على العلتين .

(٤) ب : أم على .

(٥) ب : ممّا يقسّط .

(٦) ب ، ج : حراما وحلالا .

(٧) د : وان .

وان كان مما يتقسّط[١] الثمن على قيمته ،كحرّ وعبد ،أو ثوب مغصوب[٢] ودابّة مملوكة[٣] ،أو أمّ ولد وأمة[٤] ،أو وقف وملك ،أو شاة وخنزير ، أو خلّ وخمر ،فالصفقة فيهما باطلة على العلّتين معا ،لأنّنا إن علّلنا بأنّ اللفظة جمعت حلالا وحراما[٥] ،فهي[٦] موجودة في هـذا الموضع . وإن علّلنا بأنّ الثمن يصير مجهولا ، فهي موجودة[٧] أيضا . فهذا[٨] بيان الحكم[٩] بأنّ تفريق الصفقة لا يجوز ،وما يتفرّع عليه.[١٠]

- فصـــل -

وإذا قلنا إنّ تفريق الصفقة يجوز ،بطل البيع في الحرام ، ولم يبطل في الحلال ، وكان للمشترى الخيار[١١] ، لأجل تفريق الصفقـة

---

(١) ب : " ممّا لا يتقسّط " وهو خطأ .

(٢) ب ،جـ : " ومغصوب " بزيادة الواو ،وهو خطأ .

(٣) ب : " أو مملوك " بدل " ودابّة مملوكة " .

(٤) وأمة : ساقطة من ب .

(٥) ب ،جـ : حراما وحلالا .

(٦) د : " وهي " ويأباها السياق .

(٧) أ ، د : "فهوموجود" والتصويب من ب ،جـ .

(٨) جـ : " و هذا " ويأباه السياق .

(٩) د : " البيان الحكم " وهو خطأ .

(١٠) راجع في تفريعات هذا الفصل : المهذّب ١/ ٢٨٦ ،والإبانـة ١١٧/أ ،والفتح ٨/ ٢٥٢ ،والروضة ٣/ ٤٢٣ ،وأسنى المطالب ٢/ ٤٢ .

(١١) قلت : وهذا الخيار إنما يكون له إذا كان جاهلا بالحال ،لأنـه دخل في العقد على أن يسلم له كل المبيع ولم يسلم . وأمّا إن كان عالما بالحال فلا خيار له ،كما لو اشترى معيبا وهو عالـم

===

عليه بين المقام على الحلال ،أو فسخ البيع فيه ، فان فسخ رجع بالثمن ، وإن أقام اعتبر حال الحرام المضموم إليه في الصفقة . فان لم يكن مالا ولا في حكم المال كالميتة والخمر والخنزير ،كان للمشترى أن يتمسّك بالحلال بجميع الثمن (١) ؛ (لأنّ المضموم إليه (٢) (لمّا لم يكن له قيمة ،لم يجز أن يقابل شيئا من الثمن) (١) وإن كان المضموم إليه) (٢) مالا كالمغصوب أو المجهول ،أو كان في حكم المال كأمّ الولد والوقف ،أو يمكن أن يقوّم تقويم المال كالحرّ ،فهذا على ضربين :

أحدهما : (أن يكون مما يتقسّط الثمن على أجزائه ،فله أن يقيم على الحلال بحساب الثمن وقسطه على الصحيح من قول أصحابنا .

والثاني) (٣) : أن يكون مما يتقسّط الثمن على قيمته ، ففيه قولان :/ ١٣٨/ب

أحدهما : أنه يقيم على الحلال بجميع الثمن لأمرين :

أحدهما : أنّ الحرام ممّا لم يتناوله (٤) العقد (فلم يقابله شيء من الثمن ،وصار جميعه ثمنا لما تضمّنه العقد) (٥) من الحلال .

والثاني : أنّ (٦) ما خرج من الصفقة من الحرام نقص في المبيع،

=== بعيبه . وكم يلزمه من الثمن ؟ فيه القولان كما لو كان جاهلا وأجازه. وقطع قاطعون بوجوب الجميع ههنا ؛ لأنه التزمه عالما بأن بعض المذكور لا يقبل العقد . أنظر : الفتح ٨/ ٢٥٤ ،والروضة ٣/ ٤٢٥.

(١) مابين القوسين ساقط من جـ.

(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

(٣) مابين القوسين ساقط من جـ.

(٤) د : " ممّا يتناوله " بسقوط " لم ".

(٥) مابين القوسين تكرر في د .

(٦) أنّ : ساقط من د .

كعبد قطعت يده قبل التسليم ،فيكون لمشتريه الخيار في الفسخ أو المقام عليه بجميع الثمن .

فعلى هذا القول إن اختار (١) المشترى أن يقيم على الحلال بجميع الثمن فلا خيار (٢) للبائع ؛ لأنه لمّا رضى أن يأخذ الثمن عن شيئين ،فأولى أن يرضى (٣) بأخذه عن أحدهما .

والقول الثاني - وهوالصحيح - : أنه يقيم على الحلال بحسابه من الثمن وقسطه ؛لأنهما جعلا الثمن في مقابلة الحلال والحرام ، فلم يجز أن يجعل الثمن في مقابلة الحلال وحده دون الحرام ؛لأنه غير ما تضمّنه بذل البائع وقبول المشترى .

فعلى هذا القول إن اختار المشترى المقام على الحلال ،وأخذه (٤) بحسابه من الثمن وقسطه ،فهل يكون للبائع الخيار أم لا؟ على وجهين : (٥)

أحدهما : له الخيار لأجل ما دخل عليه (٦) من نقص (٧) الثمن .

والوجه الثاني : لا خيار له ؛لأنّ نقص (٧) الثمن الداخل عليه في مقابلة بعض المبيع الباقي معه .

فحصل من هذا أنّ الحلال المضموم في الصفقة إلى الحرام ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها : أن يأخذه بجميع الثمن ،وهو أن يكون مضمومًا

---

(١) ب : "أختيار" وهوتصحيف.
(٢) جـ ،د : " ولا خيار " ويأباه السياق.
(٣) ب : بأن يرضى .
(٤) د : "وحده" وهوتصحيف .
(٥) والوجه الثاني هو الأصحّ . أنظر : الفتح ٨/ ٢٥٥ ،والروضة ٣/ ٤٢٥ .
(٦) جـ : "لأجل ما يدخل عليه " د : "لأنّ كل ما دخل عليه " وهو خطأ .
(٧) جـ: "بعض " في الموضعين ، وهوتصحيف .

إلى ما ليس بمال . والثاني : أن يأخذه بحصّته من الثمن ، وهو أن يكون مضموما إلى مال يتقسّط[1] الثمن على أجزائه . والثالث : ما يكون فيما يأخذه به قولان ، وهو أن يكون مضموما إلى مال يتقسّط الثمن على قيمته .[2]

- فصـــــــل -

فأمّا إذا[3] بطل بعض الصفقة لمعنى[4] حادث بعد الصفقة[5] كعبدين مات أحدهما قبل القبض ، فبطل البيع فيه (فقد اختلف أصحابنا في الباقي منهما فكان أبو اسحاق المروزى يخرّج البيع فيه)[6] على قولين من تفريق الصفقة وسوّى بين الفساد المقارن للعقد وبين ما حدث بعد العقد . وامتنع سائر أصحابنا من تخريج ذلك على قولين ، وأجازوا بيع الباقي قولا واحدا[7] . لسلامة

---

(١) ب : إلى ما يتقسّط .

(٢) قال الشيرازى في المهذّب ٢٧٦/١ : " واختلف أصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان فيما يتقسّط الثمن عليه بالقيمة . فأمّا ما يتقسّط العوض عليه بالأجزاء ، فانه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا . ومنهم من قال : القولان في الجميع ، وهو الصحيح ، لأنه نصّ على القولين في بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة ، والثمار مما يتقسّط الثمن عليها بالأجزاء " .
وراجع في المسألة أيضا : التنبيه ص ٦٣ ، والابانة ١١٧/أ ، والفتح ٢٥٤/٨ ، والروضة ٤٢٥/٣ ، والمنهاج مع المغنى ٤١/٢ .

(٣) جـ : فاذا .

(٤) ب ، جـ : بمعنى .

(٥) ب ، جـ : بعد العقد .

(٦) مابين القوسين ساقط من ب .

(٧) قلت : وهذه الطريقة هي الأصحّ عند الأصحاب ، وعلّل له ===

الصفقة (١) ،فلم يقدح فيها ما حدث من فساد بعضها ؛ لأننا إن علّلنا في بطلان الصفقة بأنّ اللفظة جمعت حلالا وحراما (٢) ،عدمت هذه العلة هنا . وإن علّلنا بأن الثمن (٣) مجهول ، عدمت هذه العلة أيضا ، لأنّ الثمن حين العقد معلوم. (٤)

فاذا ثبت أنّ البيع في الباقي جائز قولا واحدا ،فان المشترى (٥) يقيم عليه بحصّته من الثمن قولا واحدا (٦) . وخرّجه (٧) أبو اسحاق على قولين تسوية بين الأمرين . والله أعلم./ ١٣٩/أ

* * *

=== الرافعي فقال : " لأنّ الانفساخ طرأ بعد العقد فلا يتأثّر به الآخر ،كما لو نكح أجنبيتين دفعة واحدة ،ثم ارتفع نكاح إحداهما بردّة أو رضاع ،لا يرتفع نكاح الأخرى " انظر : الفتح ٢٣٨/٨.

(١) الصفقة : ساقطة من جـ.

(٢) ب ،جـ : حراما وحلالا .

(٣) ب : "علّلنا بالثمن " جـ: "علّلنا بالثمن بأنه ".

(٤) قال الرافعي : " والسقوط الطارئ - أى في الثمن - لا يؤثّر في الانفساخ كما لو خرج المبيع معيبا وتعذّر الردّ لبعض الأسباب، والثمن غير مقبوض ، فيسقط بعضه على سبيل الأرش ،ولا يلزم منه فساد العقد ". انظر : الفتح ٢٣٨/٨.

(٥) جـ: " فان للمشترى أن يقيم " د : " فان المشترى يقوم " .

(٦) جاء في المهذّب ٢٧٧/٢ : " وللمشترى الخيار في فسخ العقد ؛ لأنه تفرّقت عليه الصفقة فان أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولا واحدا ،لأنّ العوض هنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغيّر بالهلاك ".

(٧) جـ : " خرّجه " بسقوط الواو خطأ.

[- باب اختلاف المتبايعين في الثمن(١) وغيره(٢) -]

قال الشافعي(٣) : (أخبرنا سفيان ، عن محمّد بن عجلان(٤)، عن(٥) عون بن عبد الله(٦) ، عن عبد الله(٧) بن مسعود أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال : "إذا اختلف المتبايعان(٨) ، فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار(٩)(١٠) .)

---

(١) ب : "في اليمين" وهو تصحيف .

(٢) م : "باب اختلاف المتبايعين وإذا قال كلّ واحد منهما لا أدفع حتى أقبض".

(٣) ب ، د : "الشافعي رضي الله عنه" ج : "الشافعي رحمه الله".

(٤) هو التابعي الصغير أبو عبد الله محمد بن عجلان القرشي مولاهم ، المدني ، أحد الفقهاء العبّاد ، وكان له حلقة للتدريس والإفتاء في مسجد النبيّ صلّى الله عليه وسلّم ، توفي سنة ١٤٨ هـ . انظر ترجمته في : تهذيب الأسماء ٨٧/١ ، وتهذيب التهذيب ٣٤١/٩ ، والتذكرة ١٦٥/١ ، وطبقات الحفّاظ ص٧٩ .

(٥) في جـ "بن" بدل "عن" وهو تصحيف.

(٦) هو أبو عبد الله عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي ، الكوفي ، ثقة عابد ، مات سنة ١٢٠ هـ ، انظر في ترجمته : الجرح ٣٨٤/٣ ، وتهذيب الأسماء ٤١/٢ ، والتقريب ص٢٦٧ .

(٧) عن عبد الله : ساقط من ب.

(٨) جـ ، م : البيّعان .

(٩) أخرجه الترمذي ٥٧٠/٣ ، وأحمد ٤٦٦/١ كلاهما بمثل المختصر. وقال الترمذي : " هذا حديث مرسل ، عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود . وقد روى عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن ابن مسعود عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم هذا الحديث أيضا ، وهو مرسل أيضا".

(١٠) انظر : مختصر المزني ٢٠٣/٢ .

اعلم أنّ اختلاف المتبايعين على ضربين . أحدهما : أن يختلفا في أصل العقد . والثاني : في صفته.

فان كان اختلافهما في أصل العقد مثل أن يقول البائع: "بعتك عبدي بألف" فيقول الآخر: "ما اشتريت".[1] أو يقول المشترى: "اشتريت منك عبدك بألف" فيقول المالك: "ما بعته" فالقول قول من أنكر العقد[2] مع يمينه بائعا كان أو مشتريا ، إلّا أن يقيم مدّعي العقد بيّنة ،ولا تحالف بينهما ،لقوله صلّى الله عليه وسلّم : " البيّنة على من ادّعى ،واليمين على من أنكر".[3]

---

(١) ب ،جـ : ما اشتريته.

(٢) ب ،جـ : قول منكر العقد .

(٣) رواه البخاري ١٨٧/٣ ،ومسلم ١٣٣٦/٣ ،والترمذي ٦٢٦/٣ ، وأبو داود ٣١١/٣ ،والبيهقي ٢٥٢/١٠ كلهم من حديث ابن عبّاس بلفظ : " أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قضى أنّ اليمين على المدّعى عليه ".
ورواه البيهقي مطوّلا أيضا بلفظ : " لو يعطى الناس بدعواهم ، لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم ،ولكن البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر" قال : ولم يروه - أي زيادة البيّنة على المدّعي - عن سفيان إلّا الفريابي .
قلت : والفريابي هو محمّد بن يوسف الضبّي ،ثقة فاضل ، يقال : أخطأ في حديث سفيان كما في التقريب ص ٣٢٥.
ولكن يوجد لهذه الزيادة طريق أخرى عن ابن أبي مليكة أخرجه البيهقي بإسناد صحيح ،ولها شاهد من حديث ابن عمر أخرجه الدارقطني ١٩/٤ باسناد جيّد بلفظ :" المدّعى عليه أولى باليمين إلّا أن تقدّم بيّنة ".

= = =

وهكذا لو ادّعى أحدهما العقد على وجه يصحّ ، وادّعاه[١] الآخر على وجه يفسد مثل أن يقول أحدهما : "بعتك عبدى هذا بألف حالّة" ويقول الآخر : "بألف مؤجّلة إلى العطاء ، أو بخيار شهر"[٢] فالقول في هذا العقد قول من ادّعى فساده دون صحّته ، لأنّ دعواه تضمّنت[٣] نفي العقد فصار كالمنكر له.[٤]

=== كما رويت من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ٢١٨/٤ وفيه مسلم بن خالد الزنجي ، متكلّم فيه . وأيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه من طرق لا تخلو من مقال . أخرجه الترمذى ، والدارقطني ٢١٨/٤ ، والبيهقي ٢٥٦/١٠ .
راجع التفصيل في : نصب الراية ٩٥/٤ ، والتلخيص ٢٠٨/٤ ، والتعليق المغني مع الدارقطني ، وارواء الغليل ٢٦٤/٨ ، ٣٠٧ .

(١) ب : "فادّعاه" ويأباه السياق .

(٢) ج : "بخيار شرط" وهو خطأ .

(٣) د : ضمنت .

(٤) قلت : اذا ادّعى أحدهما صحّة البيع والآخر فساده ففيه وجهان لدى الشافعية .
أحدهما - وهو الأصحّ عند الأكثرين - : أنّ القول قول من يدّعي الصحّة ، لأنّ الأصل عدم المفسد ، والظاهر في العقود الجارية بين المسلمين الصحّة .
والثاني - وهو الأصحّ لدى صاحب التهذيب ، وبه جزم صاحب التقريب - : أنّ القول قول من يدّعي الفساد ، لأنّ الأصل عدم العقد الصحيح وبقاء الملك للمالك ، وصار كما لو اختلفا في أصل البيع . راجع في المسألة : المهذّب ٣٠١/١ ، والتنبيه ص ٦٨ ، والإبانة ١٢٨/أ ، والفتح ١٦٣/٩ ، والمنهاج مع المغني ٩٨/٢ ، وشرح المحلّى ٢٤١/٢ .

- فصـــــل -

وإن [١] كان اختلافهما في [٢] صفة العقد ،دون أصله ،فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو منه العقد ،كاختلافهما في قدر الثمن ،أو في صفته [٣] ،أو في قدر المثمّن ،أو في صفته.

والضرب الثاني : أن يكون اختلافهما فيما قد يخلو منه العقـــد كاختلافهما في الأجل ،أو في قدره ،أو في الخيار ،أو في قدره [٤] ،أو في الرهن ،أو في قدره ،أو في الضمين ،أو في عينه.

فأمّا الضرب الأوّل : وهو أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو [٥] منه العقد ،من قدر الثمن ،أو صفته ،أو قدر المثمّن ،أو صفته. فالاختلاف في قدر الثمن أن يقول البائع : " بعتك هذا العبد بألف درهم " ويقول المشترى : " بخمسمائة " والاختلاف [٦] في صفته أن يقول البائع : " بدراهم صحاح " ويقول المشترى : " بمكسّرة " [٧] أو يقول البائع :" بدراهم بيـــض" ويقول المشترى : " بدراهم سود ".

والاختلاف في قدر المثمّن أن يقول البائع : " بعتك كرّا [٨] مـــن

---

(١) ب : فان.

(٢) د : وان اختلفا في.

(٣) د : أو في صفة.

(٤) أو في الخيار أو في قدره : ساقط من د.

(٥) جـ : "يخلو" بسقوط حرف النفي. وفي باقي النسخ "لا يخلوا" والصواب ما أثبته.

(٦) جـ : "فالاختلاف" ويأباه السياق.

(٧) ب : بمكسورة.

(٨) جـ : "كذا" وهوتصحيف.

طعام بألف " (ويقول المشترى : " بل كرّين [(١)] بألف " أو يقول البائع : "بعتك هذا العبد بألف ") [(٢)] ويقول [(٣)] المشترى : " بل بعتني العبد مع الفرس بألف ".

والاختلاف في صفة الثمّن أن يقول : " أسلمت إليك درهما [(٤)] في طعام ميساني " فيقول [(٥)] : " بل في طعام شامي " أو " في / ثياب مروى " فيقول : " بل في هروى ". ١٣٩/ب

فاذا كان اختلافهما فيما ذكرت ، فقد اختلف الفقهاء في العقد على خمسة مذاهب [(٦)] :

أحدها : - وهو مذهب ابن سريج [(٧)] ، والشعبي [(٨)] - : أنّ القول فيه قول البائع ، لأنّ المبيع على ملكه .

---

(١) ب : " بل بعتني كرين " ج : " بل بعتني كذا ".

(٢) ما بين القوسين ساقط من د .

(٣) ج : فيقول .

(٤) من ج . وفي سائر النسخ : " درهم " وهو خطأ .

(٥) د : ويقول .

(٦) قلت : وهذا إذا لم يكن هناك بيّنه لدى أحد الجانبين تثبت دعواه ، فان وجدت بيّنة عند أحدهما قضى بها ، ولا خلاف . راجع : المغني لابن قدامة ١٤٤/٤ ، وبداية المجتهد ١٦٠/٢ ، والفتح ١٥٣/٩ .

(٧) من د ، وكذا في رحمة الأمة ص ١٤٤ ، والميزان ٥٧/٢ . وفي سائر النسخ : " مذهب شريح " ولم أجد من نسب هذا القول إلى شريح بل ذكر ابن قدامة في مغنيه (١٤٤/٤) مذهبه كمذهب أبي حنيفة الآتي .

(٨) انظر : المراجع السابقة قال ابن قدامة : " وحكاه ابن المنذر عن إمامنا " قلت : ووقع في رحمة الأمة تصحيف حيث ذكر " الشافعي " بدل " الشعبي ".

والمذهب الثاني - وهو مذهب أبي ثور ، وداود -(١) : أنّ القول قول المشترى ، اعتبارا ببراءة ذمّته.

والمذهب الثالث - وهو قول(٢) مالك -: أنّ القول قول من الشئ في يده(٣) ، لأنّ اليد دلالة(٤) على ملكه.

والمذهب الرابع - وهو مذهب أبي حنيفة -(٥) : أنه إن كانت السلعة تالفة فالقول قول المشترى ، وإن كانت باقية بحالها تحالفا.(٦)

---

(١) قلت : وهو أيضا رواية عن مالك ، وبه قال زفر من الحنفيّة ، انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٤٤ ، والبداية ٢/١٦٠ ، والرحمة ص ١٤٤ ، والميزان ٢/٥٧.

(٢) جـ : وهو مذهب .

(٣) قلت : يوجد في مذهب مالك بعض التفصيل ، فقد جاء في القوانين ص ٢٧٣ : " إنّ السلعة إذا كانت بيد البائع تحالفا وفسخ البيع عند الثلاثة . وإن كانت قائمة بيد المشترى ، فقيل : يحلفان ويفسخ ، وقيل : القول قول المشترى مع يمينه . وإن تلفت في يد المشترى ، فقيل : يحلفان ويفسخ ويرجعان إلى القيمة وفاقا للشافعي ، وقيل : القول قول المشترى وفاقا لأبي حنيفة ". وراجع في مذهبه أيضا : المنتقى ٥/٦٠ ، والبداية ٢/١٦٠ ، والمواهب ٤/٥٠٩ ، والخرشي ٥/١٩٦.

(٤) ب : "دالّة " جـ: "لأنّ فيه دلالة ".

(٥) أنظر : فتح القدير ٨/٢٠٥ ، والتبيين ٤/٣٠٤ ، والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٥/٥٥٩.
قلت : وهو أيضا رواية عن أحمد، واختارها أبو بكر ، وبه قال النخعي والثوري ، والأوزاعي : المغني لابن قدامة ٤/١٤٦.

(٦) تحالفا : ساقط من جـ . وفي د : " وإن كانت باقية بحالها فالقول قول البائع " وهو خطأ.

والمذهب الخامس - وهو مذهب الشافعي -[(١)] : أنهما[(٢)] يتحالفان بكلّ حال . سواء كانت باقية[(٣)] بحالها[(٤)] ، أو تالفة ، ولا اعتبار باليد إلاّ أن يكون تلفها قبل القبض ، فان ذلك مبطل[(٥)] للعقد .

واستدلّ أبو حنيفة على أنّ تلف السلعة يمنع من التحالف ، ويوجب قبول قول المشترى بما روى ابن مسعود[(٦)] عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال[(٧)] : "إذا اختلف المتبايعان ، ولا بيّنة لواحد منهما ، والسلعة قائمة ، تحالفا ، وترادّا[(٨)] " فشرط في التحالف بقاء السلعة ،

---

(١) انظر في مذهبه : المهذّب ١/٣٠٠ ، والتنبيه ص ٦٨ ، والحلية للروياني ٧٦/أ ، والإبانة للفوراني ١٢٧/ب ، والفتح ٩/١٥٣ ، والروضة ٣/٥٧٥ ، والمنهاج مع المغنى ٢/٩٤ ، والنهاية ٤/١٥٩ وشرح المحلى ٢/٢٣٩ . قلت : وهو أيضا رواية عن مالك وأحمد : المغني لابن قدامة ٤/٤٦ .

(٢) أنهما : ليس في جـ .

(٣) ب ، جـ : قائمة .

(٤) بحالها : ليس في ب ، جـ .

(٥) جـ : "مبطلا" وهو خطأ .

(٦) د : عن ابن مسعود .

(٧) قال : ساقط من د .

(٨) جـ : "أو ترادّا" .

والحديث أخرجه أبو داود ٣/٢٨٥ بلفظ : "إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بيّنة ، فهو ما يقول ربّ السلعة ، أو يتتاركان" .
وأخرجه أيضا : النسائي ٧/٢٦٦ ، وابن ماجة ٢/٧٣٧ ، ومالك في موطّئه ٢/٦٧١ بلاغا ، وأحمد في مسنده ١/٤٦٦ ، والدارقطني ٣/٢٠ ، والدارمي ٢/٢٥٠ ، والحاكم ٢/٤٥ وصحّحه ،

===

فاقتضى انتفاء التحالف مع تلف السلعة . قال : ولأنه فسخ ثبت[(١)] مع بقاء المبيع ،فوجب أن يسقط مع تلفه ،كالردّ بالعيب . قال : ولأنه مبيع تلف عن عقد صحيح ،فوجب أن ينتفي عنه الفسخ ، أصله إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد القبض لزم العقد[(٢)] ،وبطل أن يستحق مع تلفه الفسخ .

قال : ولأنّ[(٣)] المبيع إذا قبض ،فهو مضمون على مشتريه بالثمن ،فلو جاز تحالفهما بعد التلف[(٤)] ،لصار مضمونا عليه بالقيمة دون الثمن . وهذا ممّا ينافي ضمان العقد .

=== ووافقه الذهبي ،والبيهقي ٥/٣٣٣ كلهم بنحو أبي داود . ولم يرد عند أحد منهم قوله : " تحالفا " وانما عندهم : " والقول قول البائع أو يترادّان " أو نحوه . كما لم يرد عند أكثرهم : " والسلعة قائمة " قال ابن حجر في التلخيص (٣/٣٢) :
" انفرد بهذه الزيادة ابن أبي ليلى ،وهو ضعيف سيّئ الحفظ".
قلت : والحديث ورد من طرق متعدّدة عن ابن مسعود ،ولكن لا يخلو طريق منها من مقال ،ولكنه يتقوّى بمجموعها ،ويصل إلى درجة يصلح الاحتجاج به.
هذا ،وقد ساق الزيلعي في نصب الراية (٤/١٠٦) جميع طرقه ،ثم بعد أن ذكر ما فيها من وجوه الطعن ، نقل قول صاحب التنقيح : " والذي يظهر أنّ حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل ، بل هو حديث حسن يحتجّ به ،لكن في لفظه اختلاف "أهـ.

(١) ب : يثبت .
(٢) جـ: "بعد لزوم العقد" وهو خطأ .
(٣) د : "فلانّ" ويأباه السياق.
(٤) جـ: "بعد الثمن" وهو خطأ .

والدلالة على صحّة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها ما روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : "البيّنة على من ادّعى ، واليمين على من أنكر"[١] وكل واحد من المتبايعين منكر ومدّع ؛ لأنّ البائع يقول : "بعته[٢] بألف ، ولم أبعه[٣] بخمسمائة" والمشترى يقول : "اشتريته بخمسمائة ولم أشتره بألف". يوضّح[٤] ذلك أنّ كلّ واحد منهما يجوز أن يقيم البيّنة ، والبيّنة إنما تسمع من المدّعي دون المنكر، فدلّ على أنّ كل واحد منهما مدّع[٥] ، ثم يجوز أن يتحالفا مع بقاء السلعة بوفاق أبي حنيفة[٦] واليمين عند أبي حنيفة إنما تكون على المنكر دون المدّعى ، فثبت أنّ كلّ واحد منهما أيضا[٧] منكر ، فصار كل واحد منهما مدعيا منكرا ، فوجب أن يتحالفا . ويدلّ على ذلك أيضا[٨] الحديث الذى رواه الشافعي ، عن ابن مسعود أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم / قال[٩] : "إذا اختلف المتبايعان[١٠] ، فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار"[١١] ولم يفرّق بين بقاء[١٢] السلعة وتلفها . ١٤٠/أ

---

(١) تقدّم تخريجه في ص : ١٠١٦ هامش (٣) .

(٢) جـ : بعت.

(٣) جـ : ولم أبع .

(٤) جـ : "صح" بالصاد المهملة ، وبسقوط الحرفين الأولين .

(٥) من ب ، جـ وفي أ ، د : "مدع ومنكر" وهو خطأ .

(٦) بوفاق أبي حنيفة : أثبته من ب ، جـ . وهو ساقط من أ ، د .

(٧) أيضا : ساقط من جـ ، د .

(٨) أيضا : أثبته من ب ، جـ وليس في أ ، د .

(٩) جـ : عن ابن مسعود رضي الله عنه ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال .

(١٠) جـ : البيّعان .

(١١) تقدّم تخريجه في ص : ١٠١٥ هامش (٩) .

(١٢) بقاء : ساقط من د .

فان قيل : فقد شرط بقاء السلعة في التحالف في الخبر الآخر فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك [١] التقييد ، كما حملتم إطلاق العتق في كفارة الظهار على تقييد العتق في كفارة القتل. [٢]

قيل : ليس هذا من المقيّد الذى يحمل إطلاق جنسه عليه [٣] ؛ لأنّ إطلاق خبرنا يوجب [٤] تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفهما ،

(١) ذلك : ساقط من د .

(٢) قلت : يقصد أنّ اللّٰه تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار ، ولم يتقيّدها بالإيمان . فقال : ﴿ والّذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا ﴾ المجادلة ٣ . ولكنه قيّدها به في كفارة قتل الخطأ حيث قال : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ النساء : ٩٢ .

واشترط الشافعية - كغيرهم - الإيمان في رقبة كفارة الظهار حملا للمطلق على المقيّد . فعلى هذا يلزمهم في المسألة التي نحن بصددها أن يشترطوا للتحالف " بقاء السلعة " لورود هذا القيد في بعض الأحاديث ، وان لم يرد في البعض الأخر ، حملا للمطلق على المقيّد .

فأجاب الماوردى بأنّ الزيادة المذكورة ليست من باب المطلق والمقيّد حتى تحمل الأحاديث المطلقة عليها ، بل هي من باب تخصيص بعض أفراد العموم بالذكر لبعض الفوائد ، وذلك لا يوجب التخصيص . قلت : وكلّ هذا الإيراد والجواب إنما هو على فرض صحّة الزيادة المذكورة ، وقد عرفنا فيما سبق أنها شاذة .

(٣) من ب ، جـ . وفي أ ، د : " للإطلاق من جنسه عليه " وهو خطأ .

(٤) جـ : " إطلاق خبر ربما يوجب " وهو تصحيف .

فصار قوله " والسلعة قائمة " بعض ما تناوله إطلاق خبرنا . وذلك لا يوجب التخصيص ،لأنه لا ينافيه.

فان قيل : فما الفائدة في قوله : " إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا " مع استواء الحكم في قيامها وتلفها ؟

قيل : يحتمل وجوها :

أحدها :(١) التنبيه(٢) على حكم التحالف مع التلف ،لأنّ بقاء السلعة يمكن معه(٣) اعتبار قيمتها ،فيغلّب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ، ومع التلف لا يمكن . فلمّا أسقط اعتبار هذا ،وأوجب التحالف مع قيام السلعة ، كان وجوب التحالف مع تلفها أولى .

والثاني : أنه نصّ على بقاء السلعة إسقاطا(٤) لاعتبار اليد ، بخلاف قول مالك ،حتّى إذا تحالفا مع وجود(٥) اليد ، كان تحالفهما مع زوال اليد أولى .

والثالث : أنه نصّ على بقاء السلعة ،لأنّ تلفها قد يكون مبطلا للعقد إذا كان قبل(٦) القبض . وبقاؤها ليس يبطل معه العقد ، فيتحالفان مع بقائها ،وقد(٧) لا يتحالفان مع تلفها .

---

(١) أحدها : ساقط من د .

(٢) ب ،جـ : " البيّنة " وهو تصحيف.

(٣) د : (مع) وهو خطأ .

(٤) جـ : " إسقاط " وهو خطأ .

(٥) جـ : " وجوب " وهو تصحيف .

(٦) في د : وقع السقط من هنا إلى ص : ١٠٣١ هامش (١١) .

(٧) قد : ساقط من جـ .

فان قيل : فلا دلالة لكم في هذا الخبر ؛لأنه جعل القول فيه قول البائع ،وانتم لا تقولون به.(١)

قيل : قد جعل المشترى بعده بالخيار ،ومن جعل القول قول البائع على الإطلاق ،لم يجعل للمشترى خيارا ،واذا ثبت خيار المشترى بعد يمين البائع فخياره في قبول السلعة بما حلف عليه البائع ،أو يحلف بعده ويفسخ البيع. وكذا نقول في تحالفهما ،وإنما خصّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم البائع بالذكر ؛ لأنه المبتدى باليمين.

ويدلّ على المسألة(٢) من طريق المعنى : أنه اختلاف في صفة عقد بيع صحيح ،فاقتضى أن يوجب التحالف. أصله إذا كانت السلعة قائمة . ولأنّ ما يوجب فسخ العقد ،يستوى فيه الباقي والتالف ،كالاستحقاق. ولأنه فسخ لا يفتقر إلى تراضيهما ،فاذا صحّ مع تراد الأعيان صحّ مع ترادّ القيم. أصله إذا اشترى عبدا بجارية وتقابضا ،ثم تلفت الجارية ،ووجد بالعبد عيبا ،فله ردّه بالعيب ،واسترجاع قيمة(٣) الجارية لفسخ العقد / بعد تلفها ،كما كان له فسخه مع بقائها. ١٤٠/ب

(فأمّا الجواب عن استدلاله بحديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد مضى في معارضة خبرنا)(٤)

وأمّا(٥) الجواب عن قياسه على الردّ بالعيب ، فالمعنى فيه

---

(١) ب : لا تقولونه.
(٢) جـ : "عليه المسألة" وهو خطأ.
(٣) ب : "فيه" بدل "قيمة" وهو تصحيف.
(٤) ما بين القوسين ساقط من أ ،وأثبته من ب ،جـ.
(٥) من ب ،جـ وفي أ : "فأمّا" ويأباه السياق .

أنّ العيب فيما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالأرش ،فلم يفسخ . وليس كذلك في اختلافهما ؛ لأنّ كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلاّ بالتحالف فجاز أن يتحالفا مع التلف .

ولا وجه لقوله إنّ السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ كما لا تقبل ابتداء العقد ، وأنّ إقالة العبد الآبق لا تصحّ ،ولا يقبل الإقالة كما لا يقبل ابتداء العقد ؛لأنه يقول فيمن ابتاع عبدا وقتل في يد البائع أنّ المشترى بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن ، أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد . فقد جعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ . وكذلك فيما(١) جعلناه أصلا معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت الجارية(٢) ، ووجد بالعبد عيبا أنّ له ردّه(٣) بالعيب واسترجاع(٤) قيمة الجارية ،فجعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ كما قبل التلف(٥) وهاتان المسألتان تنقضان(٦) أصله(٧).

وأمّا الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فحكم الأصل غير مسلّم ، فلم يسلم . وأمّا الجواب عن قولهم : " إنّ المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة " فهو أنّ هذا استدلال(٨) باطل بمبتاع العبد

---

(١) فيما : ساقط من ب.

(٢) الجارية : ساقطة من جـ.

(٣) من ب ،جـ . وفي أ : "أنه يردّه " ويأباه السياق .

(٤) ب : " واسترجع " وهو تصحيف .

(٥) كما قبل التلف : ساقط من ب .

(٦) أ : " ينقضان " وفي ب ،جـ غير منقّط . والصواب ما أثبته .

(٧) جـ : " العلّة " وهو تصحيف .

(٨) ب : الاستدلال .

بالجارية إذا تلفت ،ووجد بالعبد عيبا ؛ لأنّ الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذى هو الثمن ،ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة دون الثمن .

فأمّا من يقول[(١)] القول في اختلاف المتبايعين قول البائع ؛ لأنّ المبيع على ملكه . فيقابل بمثله ،فيقال : يجب أن يكون القول قول المشترى ،لأنّ الثمن[(٢)] في ملكه[(٣)] ، فيساوى القولان ويبطل[(٤)] التعليل .

وأمّا من جعل القول قول المشترى ،لأنّ الأصل براءة ذمّته ،فيقابل أيضا بمثله فيقال[(٥)] : والأصل أنه غير مالك لسلعة البائع ،فيساوى القولان ويسقط[(٦)] التعليل .

وأمّا من جعل القول قول من السلعة في يده فيقابل أيضا بمثله فيقال : ههنا سلعة في يد أحدهما وثمن في يد الآخر ،فيجب أن يكون القول قول من الثمن في يده ،فيساوى[(٧)] القولان ويبطل[(٨)] التعليل . ولمّا كان[(٩)] التعليل بهذه[(١٠)] المذاهب كلها متقابلا في الجهتين ،

---

(١) ب ،جـ : من جعل .
(٢) جـ : "المثمّن" وهو تصحيف.
(٣) ب ،جـ : على ملكه .
(٤) جـ : فتساوى القولان وبطل .
(٥) فيقال : ساقط من جـ .
(٦) جـ : فتساوى القولان وسقط.
(٧) جـ : فيتساوى .
(٨) ب ،جـ : ويسقط .
(٩) جـ : "ولمّا جاز" ويأباه السياق .
(١٠) جـ : لهذه .

لم يترجّح قول أحد المتبايعين ،وصحّ مذهبنا في تحالفهما ، لتساوى حكمهما.(١)

- فصـــل -

فأمّا إذا اختلف المتبايعان فيما قد يخلو منه العقد كالأجل إذا ادّعاه أحدهما ،ونفاه الآخر . أو اتفقا على الأجل واختلفا(٢) في قدره .أواختلفا(٣) في الخيار / إذا ادّعاه أحدهما ،ونفاه الآخر ، ١٤١/أ أو اتفقا على الخيار واختلفا في قدره .أواختلفا في الرهن أو الضمين إذا ادّعاه أحدهما ونفاه الآخر ،أو اتفقا على الرهن ،واختلفا في قدره . فعندنا أنهما يتحالفان كما يتحالفان في اختلافهما في الثمن والمثمّن.(٤)

وقال أبوحنيفة(٥) : لا يتحالفان في هذا كله ،ويكون القول قول من نفاه ،استدلالاً بأنّ العقد يصحّ مع ما يخلو منه(٦) فصار مدّعيه مستأنفا للدعوى فيه . ولأنّ(٧) مقصود العقد هو ما كان عوضا من ثمن أو مثمّن ،وهذه كلها غير مقصودة ، فلم تساو(٨) حكم المقصود .

---

(١) جـ: بعده زيادة : "والله أعلم".

(٢) واختلفا : ساقط من جـ.

(٣) جـ : "واختلفا " وهو خطأ.

(٤) انظر : المهذّب ٣٠١/١ ،والفتح ١٥٧/٩ ،والروضة ٥٧٦/٣، والمنهاج مع المغنى ٩٥/٢. قلت : وبه قال مالك كما في رحمة الأمة ص ١٤٥ ،وعن أحمد روايتان إحداهما كمذهب الشافعي ،والثانية كمذهب أبي حنيفة ،كما في المغني لابن قدامة ١٤٨/٤.

(٥) انظر: فتح القدير ٢١١/٨ ،والتبيين ٣٠٦/٤ ،والدرّ المختار مع ردّ المحتار ٥٦٠/٥.

(٦) ب ،جـ : مع الخلو منه .

(٧) جـ : " لأنّ " بسقوط الواو.

(٨) في النسخ : " فلم تساوى " وهو خطأ والصواب ما أثبته.

وهذا الذى قاله خطأ ،لعموم الخبر من غير تخصيص ،ولأنّ صفات العقد ملحقة بأصله فوجب أن يكون حكمها في التحالف كحكمه . ولأنّ هذه كلها قد تأخذ من الثمن قسطا ،لأنّ الثمن قد يزيد بها (١) وينقص بعدمها ، فصارت في الحكم كأجزاء الثمن والمثمّن . وليس لما قاله من أن خلوها من العقد جائز وجها في المنع من التحالف ،لأنّ زيادة الثمن قد تصحّ أن تخلو من العقد ،ولا تمنع من جواز التحالف ،ولا لقوله :" إنها غير مقصودة في أنفسها وإنما هي (٢) تبع لغيرها " وجه أيضا ،لأنها قد تقصد ، ولذلك شرطت ،ولو لم تقصد وكانت تبعا لوجب أن تلحق بحكم متبوعها (٣) . والله أعلم . (٤)

- مسألة -

قال الشافعي (٥) : (وإذا (٦) حلفا معا قيل للمشترى أنت بالخيار في أخذه بألف أو ردّه ،ولا يلزمك ما لا تقرّ به). (٧)

إذا ثبت أنّ اختلاف المتبايعين يوجب التحالف مع بقاء السلعة وتلفها فالتحالف إنما يكون عند حاكم نافذ الحكم ،لأنّ الأيمان المستحقّة

---

(١) بها : ساقط من جـ.

(٢) ب ،جـ : " وانما هو " خطأ.

(٣) ب :" متبوعا " جـ : " يسوغها " وكلاهما تصحيف .

(٤) والله أعلم : ليس في جـ.

(٥) ب : الشافعي رضي الله عنه.

(٦) ب ،جـ ،م : فاذا .

(٧) انظر مختصر المزني ٢/ ٢٠٣.

في الدعاوى إنما يتعلّق[(١)] بها الأحكام عند الحكّام ،فلو[(٢)] تحالفا لأنفسهما لم يكن لأيمانهما تأثير في فسخ ولا لزوم.[(٣)]

وإذا كان كذلك وأراد الحاكم أن يحلفهما عند[(٤)] اختلافهما فقد قال الشافعي في كتاب السلم الكبير[(٥)] ،وفي اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى[(٦)] : يبدأ بإحلاف[(٧)] البائع قبل المشترى .

وقال في كتاب المكاتب[(٨)] ما يقتضيه[(٩)] . ثم خالف في الصداق[(١٠)] فقال : " إذا اختلف الزوجان في المهر ، وتحالفا بدأت بالزوج "[(١١)] وهذا مخالف لمّا تقدّم ،لأنّ الزوج يحلّ محلّ المشترى .

وقال في كتاب الدعوى[(١٢)] والبيّنات وآداب القضاة[(١٣)] :

"إن[(١٤)] بدأ البائع باليمين خيّر المشترى ،وان بدأ بها المشترى خيّر البائع"،وهذا يدلّ على أنّ للحاكم تقديم أيهما شاء.

---

(١) ب : تتعلق .

(٢) جـ : " ولو " ويأباه السياق.

(٣) أنظر: المهذّب ٢/ ٤١٠، والروضة ١٢/ ٣٤ ،والمغنى ٢/ ٩٦ .

(٤) عند : أثبته من ب ،جـ .وفي أ : من .

(٥) أنظر : الأمّ ٣/ ١١٩.

(٦) المرجع السابق ٧/ ٩٠ .

(٧) جـ : " باختلاف " وهوتصحيف .

(٨) راجع : الأمّ ٧/ ٣٨٠ ، ٣٨١.

(٩) من ب ،جـ .وفي أ : " ما ينقضه " وهوتصحيف .

(١٠) انظر : الأمّ ٥/ ٦٤.

(١١) من ص ١٠٢٥هـ ٦ الى هنا وقع السقط في د .

(١٢) د : الدعاوى .

(١٣) انظر : الأمّ ٦/ ٢٣٨.

(١٤) ب : وان .

فهذه ثلاثة نصوص مختلفة ،واختلف[١] أصحابنا فيها على طريقين / فمنهم[٢] من جعلها أقاويل مختلفة وخرّج المسألة على ثلاثة أقاويل :[٣] ١٤١/ب

أحدها[٤] : يبدأ بيمين البائع ، لأنه أقوى جنبة ،[٥] لعود المبيع إليه بيمينه .

والقول الثاني[٦] : أنه يبدأ بيمين المشترى ،لأنه أقوى[٧] جنبة لكون[٨] المبيع وقت التحالف على ملكه .

---

(١) ب : فاختلف .

(٢) د : منهم .

(٣) وهو أظهر الطريقين كما في الفتح ٩ / ١٧٥،وفي الروضة (٣ / ٥٧٩) أنه أصحّهما .

(٤) قال الشيرازى في المهذّب (١ / ٣٠٠) : " وهو الصحيح ،لما روى ابن مسعود أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : " إذا اختلف البيّعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار " فبدأ بالبائع ثم خيّر المبتاع . " .

وقال الرافعي في الفتح : إنه الأظهر ،وبه قال أحمد ،واحتجّوا له بأن جانبه أقوى ،لأنّ ملكه على الثمن يتمّ بالعقد ،وملك المشترى على المبيع ،لا يتمّ بالعقد ،ولأنّ المبيع يعود إليه بعد التحالف .

(٥) ب : " لأنه أقوى من جنبة المشترى " قلت : الجنبة بمعنى الجانب كما في النظم المستعذب ١ / ٣٠٠ .

(٦) وبه قال أبو حنيفة . انظر الفتح ٩ / ١٧٦ وقال في تعليله : "لأنّ البائع يدّعي عليه زيادة ثمن ،والأصل براءة ذمته عنها ،فتقوى بذلك جانبه ". والرحمة ص ١٤٤ ،والميزان ٢ / ٥٧ .

(٧) أقوى : ساقط من د .

(٨) ج : "ليكون " وهو تصحيف .

والقول الثالث :[(١)] أنّ للحاكم تقديم أيّهما شاء لاستوائهما في الدعوى.[(٢)]

وقال آخرون من أصحابنا - وهو أصحّ - : أنه ليس اختلاف هذه النصوص لاختلاف الأقاويل . وانما الجواب على ظاهره في البيوع والصداق ، فيبدأ في البيع بإحلاف[(٣)] البائع قبل المشترى على ظاهر نصّه (وفي الصداق بإحلاف[(٣)] الزوج قبل الزوجة على ظاهر نصّه.)[(٤)]

والفرق بينهما : أنّ تحالفهما في البيع[(٥)] يردّ المبيع إلى يد بائعه ، فبدئ[(٦)] بإحلافه[(٧)] ،وتحالفهما في المهر لا يرفع ملك الزوج[(٨)] عن البضع ،وهو بعد التحالف على ملكه ،فبدئ بإحلافه.[(٩)]

---

(١) جـ : " والثاني " وهو خطأ.

(٢) جاء في الفتح ٩/١٧٦ : " والثالث " : أنه لا بداية ،بل يتساويان . وعلى هذا فوجهان . أظهرهما : أنّ الحاكم مخيّر في ذلك يبدأ بمن اتفق . والثاني : أنه يقرع بينهما ." أهـ بالاختصار.

(٣) ب : " باختلاف " في الموضعين ،وهو تصحيف.

(٤) ما بين القوسين ساقط من د .

(٥) البيع : ساقط من ب.

(٦) أ ،ب ، د : " فيبدأ " والمثبت من جـ ،وهو الأنسب.

(٧) ب : " باختلافه " وهو تصحيف.

(٨) ملك الزوج : ساقط من د .

(٩) يقصد أنّ البيع يختلف عن الصداق ،ففي البيع جانب البائع أقوى من جانب المشترى ،لأنّ المبيع بعد التحالف يرجع الى ملكه فقدّم في التحالف . وفي الصداق جانب الزوج - الذى هو بحكم المشترى - أقوى من جانب الزوجة لأنّ البضع بعد التحالف يبقى على ملكه ،فكان بالتقديم أولى .

فأمّا [١] ما قاله في الدعوى والبيّنات فانما أراد به أنّ الحاكم [٢] إذا أدّاه [٣] اجتهاده إلى تقديم المشترى جاز . وإن أدّاه [٤] إلى تقديم البائع جاز ، لأنّ هذا مما طريقه الاجتهاد [٥] ، دون النصّ ، فجاز أن يؤدّى الاجتهاد إلى تقديم كلّ واحد منهما ، وليس كاللعان الذى ورد النصّ [٦] بتقديم الزوج فلا يجوز [٧] خلافه .

فاذا ثبت أنه يبدأ بيمين البائع على ما شرحناه من المذهب فهل تقديمه في اليمين من طريق الأولى ، أو من طريق [٨] الاستحقاق ؟ (على وجهين [٩] :

أحدهما : أنّ تقديمه على طريق الاستحقاق) [١٠] . فان قدّم عليه المشترى لم يجز ، إلاّ أن يؤدّيه اجتهاده [١١] إليه .

---

(١) جـ ، د : وأمّا .

(٢) جـ : " أن الحكم " وهو تصحيف .

(٣) ب ، جـ : إن أدّاه .

(٤) ب ، جـ : وإن أدّاه اجتهاده .

(٥) ب ، جـ : لأنّ تقديم أحدهما طريقه الاجتهاد .

(٦) قال اللّه تعالى : ﴿ والَّذِيْنَ يَرْمُوْنَ أَزْوَاجَهُم وَلَمْ يَكُنْ لَّهُمْ شُهَدَاءُ إلاّ أَنْفُسُهُم ، فشَهَادَةُ أحَدِهِم أربَعُ شَهَادا تٍ باللّٰه إنّه لَمِنَ الصّادِقِيْنَ . والخامسةُ أنّ لَعْنَةَ اللّه عَلَيْهِ إنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِيْنَ . ويَدْرَؤُا عَنْهَا العَذَابَ أنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ باللّٰهِ إنّه لَمِنَ الكَاذِبِيْنَ . والخَامِسَةَ أنّ غَضَبَ اللّه عَلَيْهَا إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِيْنَ ﴾ سورة النور : ٦ - ٩ .

(٧) جـ : " ولا يجوز " ويأباه السياق .

(٨) جـ : " إلى طريق " وهو تصحيف .

(٩) وأصحّهما عند جمهور الشافعية أنه على سبيل الاستحباب . وبه جزم الرملي والمحلّي . انظر : الروضة ٣ / ٥٨٠ ، والنهاية ٤ / ١٦٢ ، وشرح المحلّي ٢ / ٢٣٩ .

(١٠) مابين القوسين ساقط من د .

(١١) جـ : " اجتهاد " بسقوط الضمير .

والوجه الثاني : أنّ تقديمه على طريق[1] الأولى ، فاذا[2] قدّم عليه المشترى جاز ،وإن لم يؤدّه اجتهاده إليه . والأوّل[3] أشبه.[4]

- مسألـــة -

قال الشافعي[5] : (وأيّهما نكل عن اليمين ،وحلف صاحبه حكم له .)[6]

إذا ثبت أنّ البداية في تحالفهما[7] بيمين البائع على الصحيح من المذهب ، فقد اختلف أصحابنا هل يحلف كل واحد منهما يمينا أو يمينين ؟ على وجهين :[8]

أحدهما - وهو ظاهر نصّه -[9] : أنه يحلف يمينا واحدة تجمع النفي والإثبات ، لأنه يقصد بيمينه تصديق قوله على عقد واحد ،فاحتاج إلى يمين واحدة .[10]

---

(١) د : من طريق .

(٢) ب ،جـ : فان.

(٣) جـ : " فأولى " وهوتصحيف .

(٤) واختاره السبكي كما في النهاية ٤/١٦٢.
واجع في تفريعات هذه المسألة : المهذّب ١/٣٠٠ ،والتنبيه ص٦٨ ،والفتح ٩/١٧٣ ومابعدها ،والروضة ٣/٥٧٩ ومابعدها ، والمنهاج مع المغني ٢/٩٥ ، وشرح المحلّى ٢/٢٣٩.

(٥) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .

(٦) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٣.

(٧) جـ : بتحالفهما .

(٨) انظر : المهذّب ١/٣٠٠ ،وأسنى المطالب ٢/١١٩ ونسب الوجه الأوّل إلى الأكثرين ،قال : وهو الأوجه.

(٩) أنظر : الأمّ (٣/١١٩) باب اختلاف المسلّف والمسلّف في السلم

(١٠) وأيضا فان اليمين الواحدة أقرب الى فصل القضاء . المهذّب ١/٣٠٠.

والوجه الثاني - وهو قول أبي العبّاس بن سريج -: أنّ كل واحد منهما يحلف بيمينين، يمينا أوّلة للنفي، ويمينا ثانية للإثبات، كالمتداعيين دارا في أيديهما إذا تحالفا عليها حلف كل واحد منهما يمينين، لأنه لا يجوز (١) أن يكون يمين الإثبات للمدّعي قبل نكول المدّعى عليه. (٢)

فاذا (٣) قيل بالوجه الأوّل أنّ كل واحد / منهما يحلف (٤) يمينا واحدة، فقد اختلف أصحابنا في صفتها هل يتقدّم الإثبات فيها على النفي، أو النفي على الإثبات؟ على ثلاثة أوجه: (٥)

١٤٢/أ

أحدها - وهو قول أبي سعيد الإصطخري -: أنه يبدأ في يمينه بالإثبات ثم بالنفي، فيقول البائع: "والله لقد بعت هذا العبد بألف، ولم أبعه بخمسمائة" ويقول المشترى: "والله لقد اشتريت هذا العبد بخمسمائة ولم أشتره بألف" قال: لأنّ المقصود بهذه اليمين الإثبات، والنفي تبع فوجب أن يبدأ بالمقصود قبل التبع، وكما أنّ اليمين في اللعان يبدأ فيها بالإثبات قبل النفي.

والوجه الثاني - وهو ظاهر نصّه - (٦): أنه يبدأ بالنفي،

---

(١) ب: "يجوز" بسقوط حرف النفي.

(٢) أى قبل نكول المدّعى عليه عن يمين النفي. وأيضا فانه دعوى عقد وانكار عقد، فافتقر إلى يمينين. المهذّب ٣٠٠/١.

(٣) د: "واذا" ويأباه السياق.

(٤) د: "يخلف" وهو خطأ.

(٥) قال الرافعي في الفتح ١٨٢/٩: "وهذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ والأظهر: الأوّل، ونقل الإمام الثاني".

(٦) أنظر: الأمّ ١١٩/٣. قال الشيرازى: إنه المذهب، لأنّ الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي وهي يمين المدّعى عليه، فوجب أن يبدأ ههنا أيضا بالنفي، ويخالف اللعان فانه لا أصل له في البداية بالنفي. المهذّب ٣٠٠/١.

ثم بالاثبات فيقول البائع : " والله ما بعتك هذا العبد بخمسمائة ، ولقد بعتكه[١] بألف " ثم يقول المشترى : " والله ما اشتريته بألف ، ولقد اشتريته بخمسمائة " لأنّ كل واحد منهما يتنزّل في إحلافه منزلة المدّعى عليه ، ثم يصير بمنزلة المدّعي ، فاقتضى أن يكون أوّل يمينه للنفي[٢] اعتبارا بحكم المدّعى عليه ، وآخر يمينه للإثبات[٣] اعتبارا بحكم المدّعي .

والوجه الثالث - وهو قول بعض البصريين -[٤] : أنّ البائع يحلف فيقول : " والله ما بعت هذا العبد إلّا بألف " ويحلف المشترى فيقول : " والله ما اشتريته إلّا بخمسمائة ". قال : لأنّ هذا أسرع إلى فصل القضاء" (وقد قيل في تأويل قوله تعالى : ﴿ وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ﴾[٥] أنه

----

(١) ب : " بعته " جـ : " بعتك ".

(٢) ب ، جـ : النفي .

(٣) من ب ، د . وفي أ ، جـ : الإثبات.

(٤) ونسبه الشربيني في المغني (٢/ ٩٦) إلى الصيمرى .

(٥) سورة ص : ٢٠ . وارجع في تفسيره إلى : النكت للماوردى ٤٤٠/٣ ، والتفسير الكبير ١٨٧/٢٦ وفيه : " فصل الخطاب عبارة عن كونه قادرا على التعبير عن كلّ ما يخطر بالبال ، ويحضر في الخيال ، بحيث لا يختلط شيء بشيء ، وبحيث ينفصل كلّ مقام عن مقام " ، وروح المعاني ١٧٧/٢٣ قال صاحبه بعد أن ردّ على جميع الأقوال التي قيل فيه : " والذى يترجّح عندى أنّ المراد بفصل الخطاب فصل الخصام ، وهو يتوقّف على مزيد علم ، وفهم ، وتفهيم ، وغير ذلك » وأحكام القرآن لابن العربي ١٦٢٧/٤ وقيل : هو الإيجاز بجعل المعنى الكثير في اللفظ القليل ، وتفسير القرطبي ١٦٢/١٥ ، وتفسير أبي السعود ٢٨٦/٥ وهو الكلام الملخّص الّذى ينبّه المخاطب على المرام من غير التباس .

سرعة القضاء)* [١] فهذا اختلاف أصحابنا في صفة [٢] يمينه إذا قيل [٣] : إنّ كلّ واحد منهما يحلف [٤] يمينا واحدة. [٥]

فأمّا إذا قيل [٦] بالوجه الثاني أنّ [٧] كل واحد منهما يحلف يمينين فلا خلاف بينهم أنه يبدأ في اليمين الأولى بالنفي ، وفي اليمين الثانية بالإثبات فيقول البائع : " والله ما بعتك هذا العبد بخمسمائة " ويقول المشترى : " والله ما اشتريت منك هذا العبد بألف " (ثم يحلف البائع ثانية [٨] فيقول : " والله لقد بعت منك هذا العبد بألف ") [٩] ويقول [١٠] المشترى : " والله لقد اشتريت منك هذا العبد بخمسمائة. " [١١]

---

(١) مابين القوسين ساقط من د .

(٢) أ : " في سرعة " والتصويب من باقي النسخ .

(٣) إذا قيل : ساقط من د .

(٤) جـ : إن لكلّ واحد منهما أن يحلف.

(٥) د : " يمينين واحدة " وهو خطأ .

(٦) د : واذا قيل .

(٧) أ ، د : " وأنّ " والمثبت من ب ، جـ.

(٨) ثانية : أثبتها من ب ، وليست في سائر النسخ .

(٩) ما بين القوسين سا قط من جـ.

(١٠) جـ : " أو يقول " وهو خطأ .

(١١) ارجع في تفريعات هذه المسألة إلى : المهذّب ١/ ٣٠٠ ، والتنبيه ص ٦٨ ، والفتح ٩/ ١٧٩ وما بعدها ، والروضة ٣/ ٥٨٠ ، والمنهاج مع المغني ٢/ ٩٦ ، والنهاية ٤/ ١٦٣ ، وشرح المحلّى ٢/ ٢٤٠ .

- فصـــل -

فاذا تقرّر ما وصفنا من صفة أيمانهما ،فينبغي للحاكم إذا حلّف أحدهما أن لا يحلف الآخر إلّا بعد أن يعرض(١) المبيع عليه(٢) بما(٣) حلف عليه صاحبه فان رضي بقبوله لم يحلفه ،وإن لم يرض أحلفه . فان بدأ بإحلاف البائع قال للمشترى : " أترضى أن تقبله بالألف التي حلف البائع عليها ؟ " فان(٤) قال : «نعم » لم يحلفه(٥) . وإن قال : "لا" أحلفه(٦) . ولو بدأ الحاكم بإحلاف المشترى قال للبائع : "أترضى أن تمضى البيع بخمسمائة(٧) / التى حلف المشترى عليها(٨)"؟ فان قال : "نعم" لم يحلفه(٩) . وإن قال:"لا" أحلفه . ١٤٢/ب

ولو قلنا : إنه يحلف كل واحد منهما يمينين ،فأحلف البائع يمينا أحلف(١٠) المشترى بعده يمينا ،من غير أن يعرض عليه قبول المبيع. فاذا عاد البائع فحلف يمينا(١١) ثانية(١٢) حينئذ عرض المبيع على

---

(١) في النهاية : " ويشبه أن يكون العرض المذكور مستحبّا".

(٢) ب : " عليهما " وهوخطأ.

(٣) جـ: ممّا.

(٤) فان : ساقط من د .

(٥) ب : "لا يحلفه " جـ :" لم يحلف " د : " يحلفه " بسقوط حرف النفي .

(٦) من ب.وفي أ ،د : "حلفه " وفي جـ " أحلف".

(٧) من جـ . وفي باقي النسخ : بالخمس مائة.

(٨) جـ : حلف عليها المشترى .

(٩) د : لا يحلفه.

(١٠) جـ : "وأحلف " ويأباه السياق.

(١١) جـ : فحلف بالله يمينا .

(١٢) ثانيـة : ساقطة من جـ. وفي ب : " بالله " وهوتصحيـف .

المشترى قبل يمينه الثانية . وانما كان كذلك ؛ لأنّ عرض ذلك على المشترى إنما يكون بعد يمين البائع على إثبات ما ادّعى "[(١)] ويمينه الأولى للنفى لا للإثبات.

فاذا تقرّر هذا فلهما ثلاثة أحوال : حال يحلفان معا ،وحال ينكلان معا ،وحال يحلف أحدهما وينكل[(*)] الآخر.

فان نكلا معا تركهما ولم يحكم بقول واحد منهما ،وقطع الخصومة بينهما .[(٢)]

(وان حلف أحدهما ونكل الآخر ،حكم للحالف منهما)[(٣)] على الناكل ، فان كان الحالف منهما هو البائع ألزم المشترى دفع ما حلف عليه البائع من الثمن . (وإن كان الحالف منهما هو المشترى ألزم البائع تسليم[(٤)] المبيع بما حلف عليه المشترى من الثمن).[(٥)] ومتى قلنا على كلّ واحد منهما يمينان فحلف[(٦)] أحدهما يمينين وحلف الآخر يمينا واحدة كان كالناكل ،وقضى[(٧)] عليه.

---

(١) ب ،د : ما ادّعاه.

(*) نكل عن اليمين : امتنع منها . المصباح ص ٦٢٥.

(٢) وحكى الرافعي في الفتح (٩ / ١٨٤) في ذلك وجهين عن الإمام الجويني أحدهما : أنّ تناكلهما كتحالفهما . والثاني : أنه يوقف الأمر ،وكأنهما تركا الخصومة.
وقال النووى في الروضة (٣ / ٥٨١) بعد أن ذكر الوجهين : " قلت : هذان الوجهان ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه ، وذكر أنّ أئمة المذهب لم يتعرّضوا لهذه المسألة ،ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقف لبعض المتقدّمين . وقال الغزالي في " البسيط" له حكم التحالف على الظاهر . والأصحّ : اختيار التوقّف ".

(٣) ما بين القوسين ساقط من د .

(٤) د : بتسليم.

(٥) مابين القوسين ساقط من جـ.

(٦) ب : فيحلف .

(٧) ب : "ومضى" وهوتصحيف .

فأمّا إذا حلفا جميعا ، فقد اختلف أصحابنا هل ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف أو ينفسخ يوقع بينهما [(١)] بعد التحالف؟ على وجهين [(٢)] :

أحدهما : أنّ الفسخ قد وقع بنفس التحالف كالفسخ بين المتلاعنين لقوله صلّى الله عليه وسلّم "تحالفا وترّدا" [(٣)] فعلى هذا (لو أراد المشترى بعد تحالفهما أن يقبله بما قال [(٤)] البائع لم يجز إلّا باستيناف عقد . وكذا لو أراد) [(٥)] البائع أن [(٦)] يبذله بما قال المشترى لم يجز إلّا باستيناف عقد .

والوجه الثاني ـ وهو ظاهر نصّه ـ [(٧)] : أنّ الفسخ لا يقع [(٨)] بينهما بنفس التحالف حتى يوقع الفسخ بينهما بعد التحالف ، لأنّ كلّ واحد منهما يقصد [(٩)] بيمينه إثبات الملك ، فلم يجز أن تكون

---

(١) ب : "أو ينفسخ لو وقع بينهما" وهو تصحيف .

(٢) انظر : المهذّب ٣٠٠/١ ، والفتح ١٨٦/٩ وقال عن الوجه الثاني بأنه الأصحّ المنصوص .

(٣) ولأنّ بالتحالف صار الثمن مجهولا ، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض، فوجب أن ينفسخ . انظر : المهذّب ٣٠٠/١ .

(٤) : د : بما قاله .

(٥) مابين القوسين ساقط من جـ .

(٦) جـ : "لمن" وهو تصحيف .

(٧) انظر : الأمّ (١١٩/٣) باب اختلاف المسلّف والمسلَّف في السلم .

(٨) د : "لا يمنع" وهو تصحيف .

(٩) ب : "يفصل" وهو تصحيف .

موجبة لفسخ الملك لأنهما ضدان [١] . فعلى هذا بماذا يكون الفسخ بعد التحالف؟ فيه وجهان [٢] :

أحدهما : أنّ الفسخ يكون [٣] إلى كل واحد من المتبايعين ، فأيّهما فسخ صحّ اعتبارا بفسخ العيوب الذى يكون موقوفا [٤] على المتعاقدين دون غيرهما .

والوجه الثاني : أنّ الفسخ لا يقع إلاّ بفسخ الحاكم ، كالفسخ بالعنّة، [٥] وعيوب الزوجين ،لأنه [٦] عن اجتهاد .

فعلى هذا لو فسخه المتبايعان ،لم ينفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم ،ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بعد [٧] تحالفهما إلاّ بعد [٨] مسألتهما ،

---

(١) واضافة اليه فان العقد في الباطن صحيح ،لأنه وقع على ثمن معلوم ،فلا ينفسخ بتحالفهما . ولأنّ البيّنة أقوى من اليمين ، ثم لو أقام كلّ واحد منهما بيّنه على ما يدّعيه لم ينفسخ البيع ، فلأنْ لا ينفسخ باليمين أولى . انظر :المهذّب ١/ ٣٠٠ .

(٢) وأصحّهما الأوّل كما في الروضة ٣/ ١٨١ .

(٣) د : "أنّ الفسخ يكون الفسخ " وهوخطأ .

(٤) جـ : بفسخ العيوب التي تكون موقوفة .

(٥) العنّة : عدم القدرة على الوطء سواء كان ذلك بسبب مرض ، أو لضعف في الخلقة ،أو لكبر ،أو لسحر ، فهو عنّين ،مشتقّ من عنّ الشيء إذا اعترض ،كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولا يصيبه ، وقيل : من العنان - وهو السحاب - شبّه به في لينه ورخاوته . والعِنّينة هي التي لا تشتهي الرجال . راجع :المصباح ص ٤٣٣ ،والنظم المستعذب ٢/ ٥٠ ،وأنيس الفقهاء ص ١٦٥ .

(٦) جـ: لأنهما .

(٧) جـ : "بغير " وهوتصحيف .

(٨) ب ،جـ : إلاّ عن .

بعد عرض ذلك على كل واحد منهما ،كما يعرضه على الثاني بعد يمين الأول ،ثم يفسخه بينهما حينئذ ،فلو تراضيا / بعد تحالفهما ، ١٤٣/أ وقبل فسخه على البيع بقول أحدهما ،صحّ العقد.(١)

- فصـــــل -

فاذا انفسخ البيع(٢) بينهما بالتحالف ،أو بإيقاع الفسخ بعـــد التحالف ،فقد اختلف أصحابنا هل يقع الفسخ ظاهرا وباطنا(٣) ، أو يقع(٤) في الظاهر دون الباطن ؟،على ثلاثة أوجه:(٥)

أحدها : أنّ الفسخ قد وقع ظاهرا وباطنا ،سواء كان البائع ظالما أو مظلوما ،كالفسخ باللعان ،وكالفسخ عند تحالف الزوجين في إنكاح الوليين ،(٦) فان ذلك يقع ظاهرا وباطنا ،كذلك في البيع.(٧)

---

(١) أنظر في تفريعات هذا الفصل - إضافة الى المراجع السابقة -: التنبيه ص٦٨ ، والمنهاج مع المغني ٢/ ٩٦ ،والنهاية ٤/ ١٦٣ وشرح المحلى ٢/ ٢٤٠.

(٢) البيع : ساقط من جـ .

(٣) جـ : "أو باطنا " وهو خطأ.

(٤) جـ :" ويقع" وهو خطأ.

(٥) أنظر : الفتح ٩/ ١٨٩ ، والروضة ٣/ ٥٨٢ ،وذكرا الأوجه المذكورة فيما إذا فسخ العقد بعد التحالف ،قالا : وأما إذا قلنا إنـــه ينفسخ بمجرّد التحالف فهل يجرى فيه مثل هذا الخلاف ،أم يقطع بالارتفاع باطنا ؟ فيه وجهان .

(٦) جـ : "في نكاح " وهو خطأ.

(٧) وإضافة إليه فانه فسخ بيع لاستدراك الظلامة ،فصحّ ظاهـــرا وباطنا كالردّ بالعيب . انظر : المهذّب ١/ ٣٠١.

فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرّف بما شاء من أنواع التصرّفات(١) كما يفعل في سائر أمواله . وإن كانت جارية جاز أن يطأها .

والوجه الثاني : أنّ الفسخ يقع في الظاهر دون الباطن ، سواء كان البائع ظالما أو مظلوما ، لأنهما متّفقان(٢) مع الاختلاف على صحّة العقد ، وانتقال الملك ، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عمّا هي عليه في الباطن(٣) ، لقوله صلّى الله عليه وسلّم : " إنما أحكم بالظاهر ، ويتولّى الله السرائر "(٤).

فعلى هذا إذا عاد المبيع إلى البائع قيل له : إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله تعالى(٥) أنك كاذب ، وأنّ المشترى صادق ، فليس لك أن تتصرّف في المبيع بوجه ، لأنه ملك لغيرك ، وأنت غير ممنوع من ثمنه ، فان

---

(١) ب ، جـ : التصرّف .

(٢) جـ : يتّفقان .

(٣) واضافة إليه فان سبب الفسخ هو الجهل بالثمن ، والثمن معلوم في الباطن ، مجهول في الظاهر ، فلمّا اختصّت الجهالة بالظاهر دون الباطن ، اختصّ البطلان بالظاهر دون الباطن . انظر : المهذّب ١/ ٣٠١.

(٤) أورده الهروى في كتاب " المصنوع في معرفة الحديث الموضوع " ص ٣١ . بلفظ : " أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولّى السرائر " قال : جزم العراقي وغيره بأنه لا أصل له.
وذكر محققه الشيخ أبو غدّة بأن جهابذة الحفّاظ مثل المزّى ، وابن كثير ، والزركشي ، وابن الملقّن ، والعراقي ، والسخاوى ، وغيرهم قالوا : " لا وجود له في كتب الحديث المشهورة ، ولا الأجزاء المنثورة ".

(٥) تعالى : ليس في ب ، جـ.

تصرّفت فيه ، كنت كمن تصرّف في مال غيره متعدّيا [(١)] . وان كنت تعلم أنك صادق ، وأنّ المشترى كاذب ، فالمبيع للمشترى ، وأنت ممنوع من ثمنه ، وليس [(٢)] لك أن تطأ إن كان المبيع جارية ، ولا أن تهب [(٣)] ، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه وظفر بشيء من ماله فتبيع السلعة [(٤)] لتصل إلى حقك من ثمنها . وفي المتولّي لبيعها وجهان :

أحدهما : [(٥)] يكون هو المتولّي لبيعها .

والثاني : يتولاّه الحاكم.

وإذا [(٦)] بيعت فان كان الثمن بقدر حقّك (فلك أخذ جميعه [(٧)] ، وإن كان أكثر من حقّك) [(٨)] فعليك ردّ الباقي ، وإن كان أقلّ [(٩)] من حقّك فالباقي دين لك في ذمّة المشترى .

---

(١) قال الشيرازى في مهذبه ١/ ٣٠١ : " فان كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرّف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقرّ به المشترى من الثمن ، ويسلّم المبيع إليه ".

(٢) ب ، جـ : فليس .

(٣) جـ : وأن لا تهب .

(٤) قال الشيرازى : يبيع من المبيع بقدر حقّه . المهذّب ١/ ٣٠١ .

(٥) والوجه الأوّل هو الأصحّ : الفتح ٩/ ١٩٠ ، والروضة ٣/ ٥٨٢ .

(٦) ب ، جـ : فاذا .

(٧) جـ : أخذ حقّك .

(٨) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . وأثبته من ب ، جـ .

(٩) جـ : وإن كان الثمن أقلّ .

والوجه الثالث : أنه إن[1] كان البائع مظلوما والمشترى ظالما ، وقع الفسخ في الظاهر والباطن . (وإن كان البائع ظالما ، والمشترى مظلوما ، وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن .)[2] وقد أشار إلى هذا الوجه أبو اسحاق المروزى تعلّقا بأنّ الملك للمشترى بالعقد ، فان كان[3] مظلوما لم ينتقل[4] ملكه . وان كان ظالما صار بالظلم[5] مانعا من ثمنها فصار[6] أسوأ حالا من المفلس[7] الذى يزال ملكه / بالإفلاس[8] ، ١٤٣/ب لتعذّر الثمن ، فكذلك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذّر الوصول إلى الثمن.[9]

----

(١) إن : ساقط من د .

(٢) مابين القوسين ساقط من جـ .

(٣) من ب . وفي أ ، د : " وكان " جـ: " وان كان " ولا يلائمان السياق .

(٤) من ب ، جـ . وفي أ ، د : " ما لم ينتقل " وهو خطأ .

(٥) من ب ، جـ . وفي أ ، د : " الظلم " بسقوط الباء .

(٦) ب : وصار .

(٧) جـ : " من الجنس " وهو تصحيف .

(٨) جـ : " بالأولى " وهوتصحيف .

(٩) قلت : في عبارة الماوردى بعض الغموض ، وعبارة الشيرازى في المهذّب ٣٠١/١ ، أوضح منها حيث قال : " وان كان البائع هو الظالم ، وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ؛ لأنه يمكنه أن يصدّق المشترى ويأخذ منه الثمن ، ويسلّم إليه المبيع ، فاذا لم يفعل كان ممتنعا من تسليم المبيع بظلم فلم ينفسخ البيع . وإن كان البائع مظلوما ، انفسخ ظاهرا وباطنا ؛ لأنه تعذّر عليه أخذ الثمن ، ووجد عين ماله ، فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله ، كما لو أفلس المشترى ووجد البائع عين ماله ".

فعلى هذا إن كان البائع مظلوما فقد وقع الفسخ ظاهرا وباطنا ،وجاز للبائع إذا عادت السلعة إليه أن يتصرّف كيف شاء ،وان كانت جارية جاز أن يطأها (١) . وإن (٢) كان البائع ظالما ، وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ،ولم يكن له أن يتصرّف فيها بوجه ،لأنها ملك لغيره (٣) ، وهوغير ممنوع من حقه (٤) .

- فصل -

فاذا تقرّر ما وصفنا من حال الفسخ بالتحالف أو بعد التحالف ، فهذا (٥) ما أعوزت البيّنة . فأمّا مع البيّنة (٦) فلا تحالف ، والحكم بها أولى (٧) .

فان أقام كلّ واحد منهما بيّنة فقد تعارضتا (٨) ،

----

(١) ب : "أن يطأ" بسقوط الضمير.

(٢) ب : "فان" ويأباه السياق.

(٣) جـ: ملك آخر.

(٤) راجع في الفصل إضافة الى ما سبق من المراجع : المغني ٢/ ٩٦ ، والنهاية ٤/ ١٦٤ ،وحاشية قليوبي ٢/ ٢٤٠ .

(٥) جـ : "وهذا " وهو غير ملائم للسياق.

(٦) جـ : "مع القدرة " وهو خطأ .

(٧) أنظر : المهذّب ١/ ٣٠٠،والفتح ٩/ ١٥٣ ،والمنهاج مع المغني ٢/ ٩٥ .

(٨) قلت : هذا إذا كانت البيّنتان مطلقتين ،أو مؤرّختين تاريخا واحدا ،أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرّخة . فأمّا إن كانتا مؤرّختين بتاريخين مختلفين ،فلا تعارض بينهما ،بل قضى بالأولى منهما ؛ لأنّ العقد الأوّل يمنع صحّة العقد الثاني . انظر : المهذّب ٢/ ٣١٥ .

وفيهما قولان [١] على ما نذكره من تعارض البيّنتين في العقود :
أحدهما : إسقاط البيّنتين والتحالف. والثاني : الإقراع بينهما.

وإذا وقع الفسخ ،وجب ردّ السلعة على بائعها ، سواء قيل إنّ الفسخ قد وقع ظاهرا وباطنا ،أو قد وقع في الظاهر دون الباطن . فان كانت السلعة تالفة ،فلا يخلو حالها من أحد أمرين : إمّا أن تكون ممّا لها مثل أو ممّا لا مثل لها . فان كانت ممّا لا مثل لها وجب ردّ قيمتها وفي اعتبار زمان القيمة وجهان [٢] :
أحدهما [٣] : وقت التلف . والثاني : أكثر ما كانت [٤] قيمة من وقت

---

(١) المرجع السابق . وممّا جاء فيه : " ولا يجيء القول بالوقف ؛ لأنّ العقود لا توقف ،ولا يجيء القول بالقسمة ،لأنهما يتنازعان في عقد ،والعقد لا يمكن قسمته ." والروضة ٣/٥٧٥ :" فان أقاما بيّنتين وقلنا بالتساقط فكأنه لا بيّنة ،وإلّا توقفنا إلى ظهور الحال " المغني ٢/٩٥ جزم بالوجه الأول .

(٢) قلت : بل فيه أربعة أوجه - وقيل أقوال - الوجهان اللذان ذكرهما الماوردى ،والثالث : أنه تعتبر قيمة يوم القبض ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه . والرابع : أنه يعتبر أقلّ قيمتي يوم العقد ويوم القبض ؛لأنها إن كانت يوم العقد أقلّ ، فالزيادة حدثت في ملك المشترى ،وإن كانت يوم القبض أقلّ ،فهو يوم دخوله في ضمانه.

ومنشأ هذا الخلاف هو أنّ العقد هل يرتفع من أصله أو من حينه ؟ فمن ذهب الى الأوّل قال : الواجب أقصى القيم . ومن قال بالثاني اعتبر قيمة يوم التلف . راجع : الفتح ٩/١٩٢ ،والروضة ٣/٥٨٢ ، والمغني ٢/٩٧ ،والنهاية ٤/١٦٥ ،وشرح المحلّى ٢/٢٤٠.

(٣) وهو أصحّ الأوجه ،ودليله : أنّ مورد الفسخ العين ،والقيمة بدل عنها ،فلتعتبر عند فوات أصلها . المراجع السابقة.

(٤) ب : " ما كان " جـ : " ممّا كانت ".

القبض إلى وقت التلف[١] .

فان اختلفا في قدر القيمة ، فالقول[٢] قول المشترى مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمّته ، وسواء كانت القيمة أكثر ممّا ادّعاه البائع أو أقلّ[٣] ، لبطلان ما ادّعاه من استحقاق[٤] المبيع .

وإن كانت السلعة المبيعة ممّا لها[٥] مثل ، كالحنطة ، والشعير فعلى وجهين[٦] :

أحدهما :[٧] أنّ[٨] عليه ردّ مثلها[٩] ، كالمغصوب .

والثاني - وهو أصحّ - : أنّ عليه غرم قيمتها[١٠] ؛ لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل ، وانما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب .

---

(١) وذلك لأنّ يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم . أنظر : الفتح ٩/١٩٢ .

(٢) جـ : " والقول " وهو خطأ .

(٣) أنظر : المهذّب (١/ ٣٠١) وفيه : " وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال : ما زاد على الثمن لا يجب ، لأنّ البائع لا يدّعيه ، فلم يجب ، كما لو أقرّ لرجل بما لا يدّعيه . والمذهب الأوّل ، لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة . " والفتح ٩/ ١٩٢ ، والروضة ٣/ ٥٨٢ .

(٤) ب ، جـ : واستحقاق .

(٥) جـ : " ممّا له " .

(٦) ب ، جـ : ففيه وجهان .

(٧) وهو المشهور كما في المغني ٢/ ٩٧ ، والنهاية ٤/ ١٦٥ ، وبه جزم قليوبي (٢/ ٢٤٠) .

(٨) أنّ : ليس في ب ، جـ .

(٩) ب ، جـ : " مثله " .

(١٠) ب ، جـ : " قيمته " وهو خطأ .

- فصـــــــل -

فأمّا ما أخذه المشترى من المبيع قبل الفسخ [١] من غلّة ،أو ثمرة ، أو نتاج ، فكلّه على ملك المشترى ، لا يلزمه ردّ شيء منه على البائع ؛ لأنه كان مالكا حين استغلّ ،وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ . [٢]

وكذلك [٣] لو كانت أمة فوطئها ،لم يلزمه إذا تحالفا أن يـــردّ المهر ، إلاّ أن تكون بكرا فتصير بوطئه ثيّبا ،فيلزمه للبائع أرش بكارتها. [٤]

ولو كان قد أحبلها صارت له أمّ ولد ،ولا يمنع ذلك من التحالف كما لو أعتق . لكن [٥] إذا تفاسخا بالتحالف ،رجع عليه بقيمتها إذا أولد أو أعتق . وكذلك لو كان باعها لم يفسخ [٦] بيعه ،ووجب عليه قيمتها. [٧]

ولو كان قد آجر / ما ابتاعه ،أو كانت أمة فزوّجها ، ثـــم ١٤٤/أ تحالفا وتفاسخا ،لم تبطل الإجارة [٨] ،ولا النكاح [٩] ، لأنه عقد تـولاّه

---

(١) د : " قبل الفتح " وهو تصحيف .

(٢) أنظر : الفتح ١٩٢/٩ ،والروضة ٥٨٢/٣ ،والنهاية ١٦٥/٤ ، والمغني ٩٧/٢ .

(٣) ب ،جـ : وكذا .

(٤) أنظر : الفتح ٢٠٤/٩ وفيه : " وان كانت بكرا ردّها مع أرش البكارة ،لأنه نقصان جزء " ،والروضة ٥٨٥/٣ .

(٥) جـ : ولكن .

(٦) جـ : لم ينفسخ .

(٧) هذا هو الصحيح المشهور أي أنّ التصرفات المذكورة ماضية وصحيحة . وفي وجه قاله أبو بكر الفارسي : يتبيّن فسادها بجريان التحالف ، وتردّ العين . انظر : الفتح ١٩٨/٩ ،والروضة ٥٨٣/٣ ،والمغني ٩٧/٢ ،والنهاية ١٦٦/٤ .

(٨) المراجع السابقة .

(٩) وعن أبي بكر الفارسي ؛يبطل النكاح ،كما في الفتح ، والروضة .

مالك[١] حين العقد . والأجرة ، والمهر ملك[٢] للمشتري لاستحقاق ذلك بالعقد الذى كان في ملكه ، وللبائع[٣] أن يرجع على المشترى في الأمة[٤] ما بين قيمتها خليّه أو ذات زوج ،وفي المؤاجرة ما بين قيمته مطلقا وموء جرا .[٥]

فلو كان[٦] المشترى قد رهن المبيع[٧] ،فتحالفا ،فاذا تفاسخا لم يفسخ[٨] الرهن ،وهل[٩] له أن يأخذ المشترى بفكاكه[١٠] قبل محلّه أم لا ؟ على وجهين[١١] كمن أذن لغيره في رهن عبده. فان[١٢] بيع في الرهن ، ضمن المشترى قيمته للبائع وإن افتكّه منه ردّه على بائعه ،ويرىء[١٣] من ضمانه .

---

(١) مالك : ساقط من جـ.
(٢) من ب ،جـ.وفي أ ،د "والأجرة كالمهر ملكا" وهو خطأ .
(٣) ب ، جـ : لكن للبائع .
(٤) "في الأمة" أثبته من ب ، جـ . وفي أ ، د : "بأرش" ويأباه السياق .
(٥) ب ،جـ : موء اجرا .
(٦) فلو كان : أثبته من ب ، جـ.وفي أ ،د : أو يكون .
(٧) ب ،جـ : قد رهنه.
(٨) ب ،جـ : فتحالفا وتفاسخا جاز ولم ينفسخ .
(٩) د : "فهل" وهوغير ملائم للسياق.
(١٠) فكّ الرهن : خلّصه ،وافتكّه أيضا . وفكاك الرهن : بفتح الفاء وكسرها ما يفتكّ به . أنظر : المختار ص٥٠٩.
(١١) جاء في أسنى المطالب ١٢٠/٢ : " وإن رهنه فان شاء أخذ القيمة أو انتظر الفكاك " وكذا في المصادر الأخرى السابقة .
(١٢) جـ : ولو .
(١٣) في أ ،د : "برىء" بسقوط الواو ،والمثبت من ب ،جـ.

وإذا ابتاع عبدا واختلفا في ثمنه فحلف[١] كل واحد من البائع والمشتري على دعواه بعتقه[٢] ، فلا حكم لهذه اليمين في فسخ البيع[٣]، فاذا تحالفا بالله تعالى ،وعاد العبد إلى البائع بالفسخ عتق عليه ، لاقراره أنه عتق على المشتري بحنثه[٤].

ولو قبله المشتري بما قال[٥] البائع بعد يمينه[٦] أو قبلها ، عتق[٧] على المشتري ، لأنه قد أحنث نفسه بتصديق[٨] البائع[٩].

ولو سلّمه البائع إلى المشتري بما قال قبل يمينه أو بعدها ،

---

(١) جـ : وحلف .

(٢) أ : " لعتقه " والتصويب من سائر النسخ .

(٣) أى أنّ المتبايعين إذا اختلفا ،ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرّية العبد المبيع إن لم يكن الأمر كما قال ، فلا يعتق العبد في الحال ،لأنه ملك المشتري وهو صادق بزعمه . انظر : الفتح ٩ / ٢٠١ .

(٤) قال الرافعي : "عتق عليه ،لأنّ المشتري كاذب بزعمه ،والعبد قد عتق عليه ، فهو كمن أقرّ بحرّية العبد ، ثم اشتراه . ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذبا ،ويعتق على المشتري إن كان صادقا . وولاء هذا العبد موقوف لا يدّعيه البائع ولا المشتري " المرجع السابق.

(٥) جـ : بما قاله .

(٦) جـ : "بعد ثمنه " وهو تصحيف.

(٧) جـ : أعتق .

(٨) جـ : "ليفسد " وهوتصحيف.

(٩) أنظر : الفتح ٩ / ٢٠٢ وفيه : " حكم بعتقه عليه ـ أى المشتري ـ ويردّ الفسخ إن تفاسخا ،كما لو ردّ العبد بعيب ،ثم قال : كنت أعتقته يردّ الفسخ ويحكم بعتقه " والروضة ٣ / ٥٨٥ .

لم يعتق العبد على واحد منهما. [١] أمّا المشترى فلأنه مصدّق على ما حلف، وأمّا البائع فلأنه غير مالك لمّا حنث بعتقه. فان ردّ العبد عليه بعيب، عتق عليه حينئذ بحنثه.

وإذا ابتاع الوكيل لموكّله عبدا، ثم اختلف الوكيل والبائع في ثمنه فهل يكون الحالف[٢] للبائع الوكيل أو الموكّل؟ على وجهين[٣]:

أحدهما: أنّ الوكيل هو الذى يحلف، لأنه المتولّى للعقد[٤]، فان[٥] نكل الوكيل عن اليمين صار البيع لازما له، دون موكّله.

والوجه الثاني: أنّ الموكّل هو الذى يحلف، لأنّ أحدا لا يملك شيئا بيمين غيره، فان نكل الموكّل عن اليمين، صار البيع لازما[٦] له، دون وكيله.[٧]

ولو كان الوكيل قد باع لموكّله عبدا، ثم اختلف[٨] الوكيل والمشترى في ثمنه، فأحد الوجهين: أنّ الموكّل يحالف المشترى. والثاني: أنّ الوكيل يحالف المشترى[٩]. فان نكل الوكيل عن اليمين، قضى للمشترى

---

(١) وفصّل فيه الرافعي والنووى فقالا: ولو صدّق البائع المشترى نظر، إن حلف البائع بالحرّية أولا ثم المشترى، فاذا صدّقه البائع عقب يمينه ثم عاد العبد إليه لم يعتق، لأنه لم يكذّب المشترى بعد ما حلف بالحرّية حتّى يجعل مقرّاً لعتقه وإن حلف المشترى بحرّيته أولا، ثم حلف البائع، ثم صدّقه عتق إذا عاد إليه؛ لأنّ حلفه بعد حلف المشترى تكذيب له، واقرار بالحرّية، انظر: المرجعين السابقين.

(٢) من ب وفي أ، د: "المحالف" وفي جـ: "التحالف" وكلاهما تصحيف.

(٣) راجع: المهذّب ١/ ٣٠١، والفتح ٩/ ٢٠٣، والروضة ٣/ ٥٨٥، والمغنـــي ٢/ ٩٥.

(٤) د: على العقد.

(٥) جـ: وإن.

(٦) ب، جـ: فالبيع لازم.

(٧) ب، جـ: بدون الوكيل.

(٨) جـ: "ثم أحلف" وهو تصحيف.

(٩) أنظر: المراجع السابقة.

بالعهد [١] ، وألزم الوكيل غرم فاضل الثمن للموكّل .

- فصــــل -

فاذا [٢] اختلف المتبايعان فقال البائع : " بعتك هذا العبد (بألف " وقال المشترى : " بل بعتني هذه الجارية بألف ") [٣]
فلا تحالف في هذا الاختلاف ؛ لأنه اختلاف في عقدين ، وانما [٤] يكون التحالف بالاختلاف [٥] في عقد واحد [٦] .

وإذا كان كذلك فالبائع يدّعي على المشترى أنه باعه عبده
بألف / والمشترى منكر ، فالقول قول المشترى مع يمينه ، ولا يلزمه ١٤٤/ب

---

(١) ب : " بالعقد " وهو تصحيف .
(٢) ج ، د : وإذا .
(٣) ما بين القوسين ساقط من د .
(٤) ب : فانما .
(٥) ب ، ج : للاختلاف .
(٦) وبه - أي بعدم التحالف - قطع الشيرازى في التنبيه ص ٦٨ ، وذكر في المهذّب (١/ ٣٠١) وجهين . أحدهما : يتحالفان ؛ لأنّ كل واحد منهما يدّعي عقدا ينكره الآخر ، فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع . والثاني : أنهما لا يتحالفان . قال : وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفرائيني ؛ لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينكر كما لو ادّعى أحدهما على الآخر عبدا ، والآخر جارية من غير عقد .
هذا ، وقد فصّل الرافعي والنووى وغيرهما فقالوا : إن كان الثمن معيّنا تحالفا كما لو اختلفا في جنس الثمن ، وإن كان في الذمّة ففيه الوجهان . راجع : الفتح ٩/ ١٥٥ ، والروضة ٣/ ٥٧٥ ، والنهاية ٤/ ١٦١ ، والمغني ٢/ ٩٥ .

شراء العبد ، ثم المشترى يدّعى على البائع أنه اشترى منه جاريته (١) بألف ،والبائع منكر ،فالقول قول البائع مع يمينه ،ولا يلزمه بيع الجارية. (٢)

فلو أقام البائع البيّنة على المشترى أنه اشترى منه العبد بألف ، وأقام المشترى البيّنة على البائع أنه باع عليه الجارية بألف حكمنا بالبيّنتين جميعا (٣) ،لأنهما لا يتعارضان ،لأنّ كلّ (٤) واحدة (٥) منهما مثبت (٦) عقدا لا يقتضي نفي غيره ،فيصير المشترى ملتزما لابتياع الجارية التي ادّعاها بألف ،وله أن يتصرّف فيها كيف شاء ،وملتزما (٧) لابتياع العبد الذى ادّعى عليه بألف.

ثم ينظر في العبد ،فان كان في يد المشترى فهو على ملكه ،لأنّ (٨) ملكه لا يبطل بجحوده (٩) ، وله أن يتصرّف فيه بما شاء من بيع وغيره ، إلّا الوطء إن لو كان العبد جارية فانه (١٠) يحرم عليه (١١) ،لاقراره بتحريم ذلك عليه ،وعليه النفقة. وإن (١٢) كان العبد في يد البائع ،

---

(١) ب : " جارته " وهو تصحيف.

(٢) انظر : المراجع السابقة.

(٣) وهذا إذا لم تؤرّخ البيّنتان بتاريخين ،وإلّا قضى بمقدّمة التاريخ. انظر : النهاية ٤/١٦٢ ،والمغني ٢/٩٥.

(٤) ب : إذ كلّ.

(٥) جـ: واحد.

(٦) ب ، جـ : "يثبت" د : "ثبت" وهو خطأ.

(٧) من جـ. وفي سائر النسخ : ملزوما.

(٨) جـ : وأن.

(٩) جـ : " مجهول " وهو تصحيف.

(١٠) فانه : ساقط من جـ.

(١١) عليه : ساقط من د.

(١٢) ب : "فان" ويأباه السياق.

فهل يجبر المشترى (١) على قبضه (أم لا ؟ على وجهين : (٢) أحدهما :
يجبر على قبضه ليسقط ضمانه عن بائعه . والثاني : لا يجبر على قبضه) (٣) ،
ويقبضه الحاكم ، ليبرئ البائع من ضمانه .

ثم للحاكم أن يفعل أحظّ الأمرين من بيعه ووضع (٤) ثمنه في
بيت المال ليعترف به المشترى فيأخذه ، أو يؤاجره ، أو يأذن له في
الكسب ، وينفق عليه من أجرته أو كسبه ثم يكون فاضل أجرته وكسبه (٥)
في (٦) بيت المال ، ليعترف به المشترى فيأخذه مع فاضل كسبه وأجرته . (٧)

وإذا اختلفا فقال البائع : " بعتك هذا العبد بهذه الألف
بعينها " وقال المشترى : " الذى اشتريت بهذه الألف بعينها هذه
الجارية دون هذا العبد " فهذا اختلاف في عقد واحد ، وليس كالذى قبله ،

---

(١) المشترى : ساقط من جـ.

(٢) انظر : المهذّب ، وفيه : " ففيه وجهان : أحدهما : يجبر المشترى على قبضه ، لأنّ البيّنة قد شهدت له بالملك ، والثاني : لا يجبر ، لأنّ البيّنة شهدت له بما لا يدّعيه ، فلم يسلّم إليه " والفتح ١٥٧/٩ ، والمغني ٩٥/٢ جزم به - أى بالثاني - ابن أبي عصرون ، وقال أبوالحسن السلمي : إنه الصحيح ، والنهاية ١٦٢/٤ وذكر وجها ثالثا أنه يبقى بيد البائع على قياس من أقرّ لغيره بشيء وهو ينكره . قال : وهو الأصحّ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من جـ.

(٤) د : " في وضعه " وهو خطأ .

(٥) وكسبه : ساقط من د .

(٦) في : أثبته من ب ، جـ ، د . وفي أ : من .

(٧) انظر : المراجع السابقة .

لأنهما قد اتفقا على الثمن ،واختلفا في المثمّن ،فيكون كاتفاقهما (على المثمّن ،واختلافهما)[١] في الثمن ، فيتحالفان كما يتحالفان هناك.[٢] والله أعلم.[٣]

- مسألة -

قال الشافعي[٤] : (ولو لم يختلفا ،وقال[٥] كلّ واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض ... الفصل الى قوله : ولا يدع الناس يتمانعون[٦] الحقوق ،وهو يقدر على أخذها منهم).[٧]

وهذا كما قال . اعلم أنّ لهذه المسألة مقدّمة لا بدّ من ذكرها ليترتّب[٨] جواب المسألة عليها ،وهي أنّ لكل واحد من المتبايعين حبس[٩] ما بيده عند[١٠] تعذّر قبض[١١] ما في مقابلته ،فللمشترى حبس[٩] الثمن خوفا من تعذّر قبض المثمّن ،لأنه عقد معاوضة يقتضي حفظ العوض. فلو تأخّر تسليم المبيع المثمّن لعذر أوغير / عذر ، لم يلزم المشترى ١٤٥/أ

---

(١) مابين القوسين ساقط من جـ.
(٢) أنظر: الفتح ١٥٥/٩ ،والروضة ٥٧٥/٣ ،والمغني ٩٥/٢ ، والنهاية ١٦١/١.
(٣) جـ: والله تعالى أعلم.
(٤) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه.
(٥) د : فقال.
(٦) جـ : "يبايعون" وهوتصحيف.
(٧) أنظر : مختصر المزني ٢٠٣/٣.
(٨) د : "لو ترتّب" وهوتصحيف.
(٩) د : "جنس" في الموضعين ،وهو خطأ.
(١٠) د : "فقد" بدل "عند" وهوتصحيف .
(١١) قبض : ساقط من د .

تعجيل الثمن ، وهكذا أيضا للبائع حبس المبيع في يده ، خوفا من تعذّر قبض ثمنه.[١]

فلو أعطاه المشترى بالثمن رهنا أو ضمينا ، لم يلزمه تسليم المبيع ؛ لأنّ الثمن باق ، وإنما هذا[٢] وثيقة فيه ، وقد كان موثقا بذمّة[٣] مشتريه.

ولكن لو أحال بالثمن حوالة قبلها ، أو أعطاه به[٤] عرضا[٥] رضيه ، لزمه تسليم المبيع ، لاستيفاء ثمنه[٦]. وهكذا لو أبرأه من ثمنه لم يكن له حبس المبيع ؛ لأنه لم يبق له حق يحبس المبيع لأجله.[٧]

---

(١) قلت : وانما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاّ ، أمّا المؤجّل فليس له الحبس به لرضاه بتأخيره . ولو لم يتّفق التسليم حتّى حلّ الأجل فلا حبس له أيضا عند جمهور الأصحاب . وفي قول ضعيف خرّجه المزني عن نصّ الشافعي : أنّ له حبسه . راجع: الفتح ٨ / ٤٨١ ، والروضة ٣ / ٥٢٤ ، وأسنى المطالب ٢ / ٩٠ ، والمغنى ٢ / ٧٥ ، وشرح المحلى ٢ / ٢١٩ .

(٢) جـ : هذه .

(٣) ب ، جـ : في ذمّة .

(٤) جـ : أو أعطى به .

(٥) جـ ، د : " عوضا "

(٦) قلت : وهل له حبس المبيع حتى استيفاء العرض الذى هو بدل الثمن ؟ ذكر الشيخان : أنّ له إدامة حبسه لاستيفاء العرض . ونقل الشربيني عن القفّال : ليس له ذلك ؛ لأنه أبطل حقّه من الحبس بنقله إلى العرض ، إذ حقّ الحبس لاستيفاء عين الثمن وهذا بدله . راجع : الفتح ٨ / ١٨٩ ، والروضة ٣ / ٥٢٤ ، والمغني ٢ / ٧٥ - ٧٦ .

(٧) أنظر : الفتح ٨ / ٤٨٥ ، و أسنى المطالب ٢ / ٩٠ ، والمغني ٢ / ٧٦ .

فلو أعطاه بعض الثمن ، وسأله أن يدفع إليه بقدره من المبيع ، ففيه قولان حكاهما ابن سريج (١) :

أحدهما : عليه أن يدفع إلى المشترى من المبيع بقدر ما قبض من ثمنه ، ويحبس منه بقدر ما بقي ، ولا يجوز أن يحبس جميعه لتقسّط الثمن عليه (٢) .

والقول الثاني : لا يلزمه ذلك ، وله حبس الجميع على باقي الثمن ، ولو بقي منه درهم كالرهن .

ولو اشترى منه ماشية فنتجت في يد بائعها قبل القبض أو نخلا فأثمرت كان للبائع أن يحبس أصل الماشية والنخل على الثمن ، دون النتاج والثمرة ؛ لأنهما لم يتناولهما العقد ، وإنما حدثا على ملك المشترى من بعد (٣) .

ولو كان المبيع دارا فأجرها المشترى قبل دفع الثمن كان للبائع أن يمنع المستأجر منها (٤) ، كما كان له منع المشترى ؛ لأنّ تمكين المستأجر منها تسليم إلى المشترى ، وذلك لا يلزم قبل قبض الثمن .

---

(١) قلت : في كتب المذهب حكوا فيه وجهين ، لا قولين . راجع : المهذّب ١/٣٠٢ ، والفتح ٨/٤٩٢ ، والروضة ٣/٤٣٠ وقال عن الوجه الثاني بأنه شاذّ ، وأسنى المطالب ٢/٩١

(٢) يعني أنّ كل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن ، فاذا سلّم بعض الثمن ، وجب تسليم ما في مقابلته من المبيع .
قال في المهذّب : " ويخالف الرهن في الدين ، فانّ الرهن ليس بعوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به ، فجاز له حبسه إلى أن يستوفى جميع الدين " .

(٣) راجع : المجموع ٩/٢٦٩ ، والمغني ٢/٦٦ ، وحاشية قليوبي ٢/٢١٠ ، وحاشية الجمل ٣/١٥٧ .

(٤) وذلك لأنّ تصرّف المشترى في المبيع قبل دفع الثمن لا ينفذ ،

===

- فصـــــل -

فاذا تقرّرت هذه الجملة ،فصورة مسألة الكتاب ،أن يبذل كـلّ واحد من المتبايعين ما بيده ،ولكن[1] يختلفان في التقديم ،فيقول البائع : " لا أسلّم المبيع إلاّ بعد قبض ثمنه " ويقول المشترى : " لا أدفع الثمن إلاّ بعد قبض المبيع " فقد حكى الشافعي[2] أربعة مذاهب للناس فـي ذلك ،واختار أحدها[3] فخرّجها أصحابنا أربعة أقاويل له[4]:

=== وإن دخل في ضمانه ،كما في حاشية الشهاب ٢/ ٨٩ . وجاء في حاشية الجمل ٣/ ٢١٦ : وعبارته (م ر) : " وإن كان قد آجره رجع فيه مؤجرا ولا ينزعه من يد المكترى حتى تنقضي المدّة، والمسمّى للمشترى ، وعليه للبائع أجرة المثل للمدّة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها ". وظاهر عبارة "حج " والشارح" أنه يخيّر بين أخذه حالا وأخذه أجرة مثل ما بقي من المدّة ، وبين الصبر إلى فراغ المدّة وأخذ القيمة للحيلولة " ولكن في شرح الروض ومتنه ما يعين الأوّل وهو وجوب الأخذ ،وأخذ أجرة المثل دون القيمة ".

(١) جـ : لكن .

(٢) أنظر : الأمّ ٥/ ٨٨ .

(٣) جـ : "أحدهما " وهو خطأ .

(٤) قلت : في حكاية هذه المسألة طريقان للشافعية ،فمنهم من حكى فيها ثلاثة أو أربعة أقوال للشافعي . ومنهم من قال : المسألـــة على قول واحد ، وهو أن يجبر البائع على تسليم المبيع . قال : وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ،ولم يختره . أنظر: المهذّب ١/ ٣٠٢ ،والفتح ٨/ ٤٦١ ومابعدها ،والروضة ٣/ ٥٢٢ والإبانة للفوراني ١٢٨/أ ،والمنهاج مع المغني ٢/ ٧٤ ،والنهاية ٤/ ١٠٢ ،ورحمة الأمة ص ١٤٥ : " فللشافعي أقوال أصحّها : ===

أحدها : [١] أنّ الحاكم يجبرهما على إحضار ذلك إليه ،فاذا دفع البائع المبيع إليه ،وأحضر المشترى الثمن إليه ،دفع الثمن إلى البائع، والمبيع إلى المشترى ، ولا يبالى بأيّهما بدأ [٢] إذا كان حاضرا . وحكى هذا القول عن بعض المشرقيين [٣] .

ووجه هذا القول أنّ الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ،فاذا أمكنه ذلك لم يدع الناس [٤] يتمانعون الحقوق ،وهو يقدر على أخذها منهم.فعلى هذا إذا أحضرا [٥] ذلك إلى الحاكم ، فتلف في مجلسه كان من ضمان صاحبه ،فان كان التالف هو المبيع بطل [٦] البيع ،لتلفه قبل القبض . وإن كان التالف هو الثمن [٧] ، لم يبطل البيع ، وعلى المشترى أن يأتي ببدله ،إلّا أن / يكون الثمن معيّنا [٨] ، ١٤٥/ب فيبطل البيع أيضا بتلفه .

=== جبر البائع على تسليم المبيع ،ثم جبر المشترىعلى تسليم الثمن . . . وقال أبوحنيفة ومالك : يجبر المشترى أوّلا " قلت : وعند أحمد : إن كان الثمن في الذمّة أجبر البائععلى تسليم المبيع ،ثم أجبر المشترى علىتسليم الثمن. وإن كان عينا ،أوعرضا بعرض ، جعل بينهما عدل ،فيقبض منهما ،ويسلّم إليهما . وعنه ما يدلّ على أنّ البائع يجبر على تسليم المبيععلى الاطلاق . المغني لابن قدامة ١٤٩/٤.

(١) من ب ،د.وفي أ ،جـ : "أحدهما " وهو خطأ.
(٢) في المهذّب :" ثم يسلّم إلى كل واحد منهما دفعة واحدة".
(٣) أهل الحجاز كانوا يسمّون العراقيين " المشرقيين ".
انظر: مناقب الشافعي للبيهقي ٣١٦/٢.
(٤) الناس : ساقط من جـ.
(٥) د : "حضرا " وهو خطأ.
(٦) جـ : فيبطل.
(٧) جـ : وإن كان الثمن هوالتالف .
(٨) ب : "معيبا " وهو خطأ.

والقول الثاني[٢] : أنّ[١] الحاكم يدعهما جميعا ،ولا يجبر واحدا منهما ، لأنّ لكلّ واحد منهما حقّا في حبس ما بيده ، وليس أحدهما أحقّ من صاحبه ،لكن يمنعهما من التخاصم ، فأيّهما تطوّع بدفع ما في يده[٣] ،وجب على الحاكم حينئذ أن يجبر[٤] الآخر على تسليم ما في مقابلته . وهذا القول حكاه عن بعض المشرقيين أيضا .

والقول الثالث : أنّ الحاكم ينصب لهما أمينا عدلا ، ويأمر كلّ واحد منهما بتسليم ما بيده إليه ،حتّى إذا صار الجميع معه ،سلّم المبيع إلى المشترى ،والثمن إلى البائع . وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم القدّاح[٥] . فكان[٦] أبواسحاق المروزى يجعل هذا والقول الأوّل واحدا[٧] ، ويخرّج المسألة على ثلاثة أقاويل[٨] . وامتنع سائر

---

(١) أنّ : ليس في د .

(٢) من ب ،جـ.وفي أ ،د : " واحد " وهوخطأ .

(٣) ب،جـ : ما بيده .

(٤) من ب ،جـ.و في أ ،د : "أن يخيّر " وهو خطأ .

(٥) هو أبوعثمان سعيد بن سالم القدّاح المكي ،أصله من خراسان أو الكوفة ،صدوق يهم ،رمي بالإرجاء ،وكان فقيها . انظر ترجمته في : الكاشف ٣٦١/١ ،وتهذيب التهذيب ٣٥/٤ ،والتقريب ص١٢٢.

(٦) ب : " وكان " ويأباه السياق ،جـ: " ومال " وهوتصحيف .

(٧) د : " واحد " وهو خطأ .

(٨) وهو صنيع الشيرازى في المهذّب ٣٠٢/١ وكذا الرافعي والنووى أيضا جعلاها قولا واحدا ،ولكنهما لم يخرّجا المسألة على ثلاثة أقوال ،بل خرّجاها على أربعة أقوال ،وجعلا القول الثالث هو أن الحاكم يجبر المشترى على تسليم الثمن أولا ،لأنّ حقّه متعيّن في المبيع وحق البائع غير متعيّن في الثمن ،فيؤمر بالتعيين . انظر: الفتح ٤٦٣/٨ ،والروضة ٥٢٢/٣.

أصحابنا من جعلهما واحدا ،و أنّ (١) كلّ واحد منهما مخالف لصاحبه ؛ لأنّ الدفع والتسليم في القول الأوّل إلى الحاكم ،فكان (٢) بحكمه ،وههنا الحكم منه في نصب الأمين ،والأمر بالتسليم فاختلفا .

والقول الرابع ـ وهو الّذى اختاره لنفسه ـ: أنّ الحاكم يجبر البائع على تسليم المبيع أوّلا إلى المشترى (٣) ، فاذا سلّمه أجبر المشترى على تسليم الثمن إليه .

و وجه هذا القول : أنّ استقرار العقد (معتبر بوجود القبض ، فوجب إجبار البائع عليه ليستقرّ العقد) (٤) به . ولأنّ البائع يقدر على التصرّف في الثمن قبل قبضه بالحوالة به (٥) ،ويأخذ (٦) بدله . والمشترى لا يقدر على ذلك في المبيع إلّا بقبضه (٧) ،فأجبر البائع عليه ليتساويا فيه . ولأنّ المبيع متعيّن ، (٨) والثمن في الذمّة غير معيّن . وما تعلّق بالأعيان أحقّ بالتقديم ممّا ثبت في الذمم ،كالرهن في أموال المفلس .

فعلى هذا إذا سلّم البائع المبيع إلى المشترى ،لم يخل حال المشترى من أحد أمرين : إمّا أن يكون موسرا بالثمن ،أو معسرا . فان كان

---

(١) من ب ،جـ .وفي أ ،د : " وأن كان " وهو لا يلائم السياق .

(٢) جـ : "وكان " ويأباه السياق .

(٣) جـ : إلى المشترى أوّلا .

(٤) ما بين القوسين ساقط من أ ، د . وأثبته من ب ،جـ .

(٥) به : ساقط من جـ .

(٦) من ب ،جـ .وفي أ ،د : "بأخذ " بسقوط حرف العطف .

(٧) جـ : إلّا بقبض .

(٨) ب ، جـ : معيّن .

معسرا بالثمن ، فهذا مفلس ، والبائع بالخيار بين أن يرجع بعين ماله ، وبين أن يصبر به في ذمّة المشترى (١) ، مع إعساره (٢).

وإن كان موسرا بالثمن ، فلا يخلو حال ماله من أحد أمرين :

إمّا أن يكون حاضرا أو غائبا . فان كان ماله حاضرا ، أجبر على دفع الثمن إلى البائع ، ويكون ممنوعا من التصرّف في المبيع وسائر ماله (٣) ، حتى يدفع الثمن إلى البائع . ثم يطلق تصرّفه فيه حينئذ . وانما (٤) استحقّ الحجر في المبيع وجميع (٥) ماله ، لأنه ربما استهلكه بتصرّفه (٦) ، فلا يصل (٧) البائع إلى المبيع ، ولا إلى ثمنه .

وإن كان ماله غائبا فله ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون على مسافة أقلّ من يوم وليلة ، فهذا في حكم / الحاضر وينتظر به (٨) حضور ماله ، بعد أن يحجر ١٤٦/أ

---

(١) قلت : هذا على الوجه الصحيح المنصوص عليه . وفي وجه : تباع السلعة ويوفّى من ثمنها حقّ البائع ، فان فضل شيء فهو للمشترى . انظر المهذّب ٣٠٢/١ ، والفتح ٤٧٣/٨ ، والروضة ٥٢٣/٣ .

(٢) ب : " مع اعتباره " وهو تصحيف .

(٣) هذا هو مذهب جمهور الشافعية ، ومنهم من قال : لا يحجر عليه في سائر أمواله إن كان بعضها وافيا بديونه . انظر : الفتح ٤٦٩/٨ .

(٤) وإنما : ساقط من د .

(٥) جـ : " من جميع " وهو خطأ .

(٦) جـ : " تصرّفه " بسقوط الباء .

(٧) جـ : " ولا يصل " ويأباه السياق .

(٨) د : فينتظر به .

عليه في المبيع وسائر ماله (١)، فاذا أحضر الثمن ، فكّ حجره ، وأطلق تصرّفه .

والثاني : أن يكون على مسافة ثلاثة أيّام فصاعدا ، فلا يلزم انتظار ماله ، لبعده عنه وأنه في حكم المعسر .

والثالث : أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة ، وأقلّ من ثلاثة أيّام ، فعلى وجهين : (٢)

أحدهما : ينتظر به حضور ماله ، كما لو كان على أقلّ من يوم وليلة ، ويحجر عليه في المبيع ، وفي ماله ، حتى يحضر الثمن .

والوجه الثاني : لا ينتظر به لبعد المسافة ، وأنها في حكم ما زاد على الثلاث . فعلى هذا ما الذى يستحقّه البائع إذا لم ينتظر؟ فيه وجهان : (٣)

أحدهما : يجعل كالمفلس ، ويخيّر البائع بين أن يرجع بعين ماله ، وبين أن يصير بالثمن في ذمّة المشترى إلى حين وجوده . فان صبر به أطلق تصرّف المشترى في المبيع وغيره .

---

(١) وحكى الغزالي في الوجيز وكذا في الوسيط وجها أنه لا يحجر عليه ، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن . قال الرافعي : ولم أر لغيره نقل هذا الوجه على هذا الإطلاق . انظر : الفتح ٤٦٨/٨ .

(٢) أنظر : الفتح ٤٧٣/٨ ، والروضة ٥٢٣/٣ ، وفيها : "أصحّهما الأوّل ، وبه قطع في المحرّر".

(٣) والوجه الأوّل هو الأظهر عند جمهور الشافعية (المرجعان السابقان).

والوجه الثاني : أنّ حكم المفلس منفي عنه، لوجود المال، وإن بعد عنه (١)، ولكن تباع عليه (٢) السلعة المبيعة، ليصل البائع إلى حقّه منها. فان بيعت بقدر ما للبائع من الثمن، دفع إليه ذلك، وقد استوفى (٣) حقّه. وإن بيعت بأكثر ردّ الفاضل على المشترى، وان بيعت بأقلّ كان الباقي دينا للبائع في ذمّة المشترى.

- فصل -

إذا كان المبيع عرضا بعرض، وقال كلّ واحد منهما : لا أدفع، حتى أقبض، ففيه ثلاثة (٤) أقاويل (٥) :

أحدها : أنّ الحاكم يأمرهما بإحضار ذلك إلى مجلسه.

والثاني : أنه يدعهما، حتى يتطوّع أحدهما، فيجبر الآخر على تسليم ما في مقابلته.

والثالث : أن ينصب الحاكم لهما أمينا يدفعان ذلك إليه حتى يسلّم إلى كل واحد منهما حقّه.

وأمّا القول الرابع أنه يجبر البائع أوّلا، ثم المشترى، فلا يجيء في هذا الموضع ؛ لأنه ليس يتعيّن أحدهما بأنه بائع، والآخر بأنه مشتر (٦).

---

(١) ب، جـ : منه.

(٢) عليه : ليس في ب، جـ.

(٣) د : " واستوفى " بدون قد.

(٤) جـ : " أربعة " وهو خطأ.

(٥) والوجه الأوّل هو الأظهر لدى الأصحاب، وبه جزم في الشامل. انظر : الفتح ٨/٤٦٥، والروضة ٣/٥٢٢، والمنهاج مع المغنى ٢/٧٥، وشرح المحلّى ٢/٢١٨.

(٦) من جـ. وفي سائر النسخ : " مشترى " وهو خطأ.

ولو كان المبيع عرضا بعرض ،وهما أوأحدهما ممّا لا يحوّل [(١)] .

فليس إلّا قولين : أحدهما : أنّ الحاكم يدعهما حتّى يتطوّع أحدهما ثم يجبر الآخر . والثاني : أنه ينصب لهما أمينا . ولا يجرى [(٢)] القولان الآخران ، لأنّ إحضار ذلك إلى مجلس الحكم غير ممكن . فيبطل [(٣)] هذا القول ،وليس يتعيّن أحدهما بأنه بائع فيجبر ، فيبطل [(٤)] أيضا هذا القول . والله أعلم. [(٥)]

- فصــل -

إذا [(٦)] امتنعت الزوجة من تسليم نفسها ،إلّا بعد قبض صداقها ،وامتنع الزوج من دفع الصداق إلّا بعد تسليم نفسها ، فلا [(٧)] يجيء فيه جبر الزوجة على تسليم نفسها ،كما يجبر البائع على تسليم سلعته ؛ لانّ البائع إذا سلّم سلعته / أمكن أن يحجر على المشترى فيهما . ١٤٦/ب والزوجة إذا سلّمت نفسها لم يمكن منع الزوج من الاستمتاع بها ، فيصير تسليم نفسها مبطلا لحقّها [(٨)] . وليس كذلك البائع . ويجيء باقي الاُقاويل . (والله أعلم بالصواب .) [(٩)]

---

(١) ب : ممّا لا ينقل .
(٢) ب ،جـ : ولا يجيء.
(٣) ب ،جـ : فبطل .
(٤) ب ،د : فبطل .
(٥) والله أعلم : ليس في جـ.
(٦) جـ : فاذا .
(٧) جـ : "ولا يجيء" ويأباه السياق .
(٨) مبطلا لحقّها : ساقط من جـ.
(٩) ما بين القوسين ليس في جـ ، د . وفي ب يوجد " والله أعلم" فقط.

===

- مسألة -

قال الشافعي[(١)] : (وإن كان الثمن عرضا أو ذهبا بعينه ،وتلف[(٢)] في يد المشترى ،أو تلفت السلعة في[(٣)] يد البائع ،انتقض البيع[(٤)]).

قد ذكرنا[(٥)] أنّ ما تعيّن بالعقد[(٦)] إذا تلف قبل القبض ، ثمنا كان أو مثمّنا . بطل به[(٧)] البيع . وذكرنا خلاف مالك فيه ،واحتججنا له ،وعليه ، بما أغنى عن زيادة فيه ،وفرّعنا عليه فروعا نتبعها[(٨)] بنظائرها .

(٩) فاذا باع عبدا بألف ، فكسب العبد في يد بائعه ألفا ، ثم مات[(١٠)] قبل تسليمه ،بطل البيع بموته ،وبرئ المشترى من ثمنه ،وإن كان قد

=== راجع في الفصل : التنبيه ص١٠٨ ،والمهذّب ٥٨/٢ ، والروضة ٢٥٩/٧ : " فثلاثة " أقوال . أظهرها : يجبران بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ،وتؤمر بالتمكين . فاذا مكّنت ،سلّم العدل الصداق إليها " والمنهاج مع المغني ٢٢٣/٣ ،والنهاية ٣٣٨/٦ .

(١) ب ،د : الشافعي رضي الله عنه .

(٢) ب ،جـ : "فتلف" د : "تلفت".

(٣) ب : من يد .

(٤) أنظر : مختصر المزنى ٢٠٣/٢ .

(٥) تقدّم في ص ٤٨٧ ومابعدها .

(٦) جـ : "العقد" بسقوط الباء .

(٧) به : أثبته من ب ،جـ ،وليس في أ ،د .

(٨) ب ،جـ : فروعا نحن نتبعها .

(٩) أ ،د : "واذا" والمثبت من ب ،جـ وهو الملائم للسياق .

(١٠) مات : ساقط من جـ .

أقبض الثمن ،فله استرجاعه . والألف[١] التي اكتسبها العبد للمشترى ؛ لأنه كسبها على ملكه.[٢]

فلو[٣] كان البائع حين[٤] كسب العبد[٥] ألفا حبسها عن المشترى حتى تلفت ،ضمنها بالحبس ،ولزمه[٦] تسليم العبد بغير ثمن ؛لأنه قد صار عليه مّما[٧] ضمنه من كسبه ألف ، هي بازاء الألف[٨] التي له من ثمنه ،فصارتا قصاصا.[٩] والله أعلم.[١٠]

- مسألــة -

قال الشافعي[١١] : (ولا أحب مبايعة من أكثرماله ربا[١٢] ،أو من حرام . ولا أفسخ البيع ،لإمكان الحلال فيه.)[١٣] وهذا كما قال .

---

(١) ب : " مع الألف " وهو خطأ .

(٢) راجع : أسنى المطالب ٧٩/٢ ، والمغني ٦٦/٢ ،والنهاية ٧٧/٤ ،وحاشية قليوبي ٢١٠/٢.

(٣) جـ : "ولو" وهوغير ملائم للسياق .

(٤) حين : ساقط من د .

(٥) العبد : ساقط من د .

(٦) جـ : ولزم.

(٧) ب ،جـ : بما .

(٨) الألف : ساقط من جـ .

(٩) قاصصته ،مقاصّة ،وقصاصا ،من باب قاتل : إذا كان لك على شخص دين مثل ماله عليك ،فجعلت الدين في مقابلة الدين ، مأخوذ من اقتصاص الأثر .
أنظر : المصباح ص ٥٠٥ .

(١٠) والله أعلم : ليست في جـ ،د .

(١١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه .

(١٢) م : من ربا .

(١٣) مختصر المزني ٢٠٣/١ وراجع في المسألة : المهذّب ٢٧٤/١ ، والتنبيه ص ٦٤ ،والفتح ٢٣١/٨ ،والروضة ٤١٦/٣ ،والتكملة ٣٤٣/٩.

تكره معاملة من لا يتوقّى الشبه في كسبه ،ومن اختلط[١] الحرام والربا[٢] بماله ، لقوله صلّى الله عليه وسلّم : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ، فلن تجد فقد شيء تركته لله "[٣] وكقوله صلّى الله عليه وسلّم : " الحلال بيّن ، والحرام بيّن ، وبين ذلك أمور مشتبهات[٤] ومن يحم حول الحمى يوشك أن يقع فيه ".[٥]

---

(١) ج : خلط .

(٢) والربا : ساقط من ج.

(٣) روى من حديث الحسن بن علي أخرجه الترمذي ٥/ ٦٠ بزيادة في آخره "فان الصدق طمأنينة وأنّ الكذب ريبة " وقال : حديث حسن صحيح ، والدارمي ٢/ ٢٤٥ ،والحاكم ٢/ ١٣ وفي آخره "فان الخير طمأنينة وإنّ الشرّ ريبة " قال : وهذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ،ووافقه الذهبي . وأخرجه أحمد ٣/ ١٥٣ من حديث أنس ، وفي أوّله زيادة : " اتّقوا دعوة المظلوم وإن كان كافرا فانه ليس دونها حجاب " .

واخرجه النسائي ٨/ ٣٠٢ مطولا من قول ابن مسعود ،كماذكره البخاري ٣/ ٧٠ معلقا من قول حسان بن أبي سنان ،كماذكره عبد الرزاق ١١/ ٣٠٨ من قول شريح ، وذكره الهيثمي في مجمعه ١٠/ ٢٩٤ مطولا من حديث واثلة بن الاسقع بطريقين ، نسب أحدهما الى أبي يعلى والطبراني وضعفه من أجل عبيد بن القاسم ،ونسب الثاني الى الطبراني فقط ،وضعفه من أجل اسماعيل ابن عبد الله الكندي ،وذكره من حديث ابن عمر أيضا ،ونسبه إلى الطبراني في الصغير ،وضعّفه من أجل عبد الله بن أبي رومان ،وذكره من حديث ابن عمر نفسه بطريق آخر (٤/ ٧٤) ونسبه إلى الطبراني في الصغير ،وحسّنه .

قلت : وقوله "فلن تجد فقد شيء تركته للّه " لم يرد في هذا الحديث إلّا في رواية عبد الرزّاق . كما أنه ورد في حديث مستقلّ روى عن رجل من أهل البادية ،عن النبي صلّى الله عليه وسلّم . ذكره الهيثمي في مجمعه (١/ ٢٩٦) ونسبه إلى أحمد . قال : ورجاله رجال الصحيح . كما ذكره ابن حجر في المطالب العالية ٣/ ٢١٧ ونسبه إلى الحارث .

(٤) د : متشابهات .

(٥) سبق تخريجه في ص (٩٩٥) هامش (١٢) وفي نسخة (د) ورد هذا الحديث قبل الحديث الأوّل .

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال :[1] " لا يبلغ[2] العبد أن يكون من المتّقين ،حتى يدع ما لا بأس به ،حذرا ممّا به بأس ."[3]

وروى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " لو صلّيتم حتّى تصيروا كالحنايا ،وصمتم حتى صرتم[4] كالأوتار[*] ،ما تقبّل ذلك منكم إلّا بورع شاق[5] ".[6]

وروى عنه صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " من لم يبال[7] من أين مطعمه ولا من أين مشربه ، لم يبال الله تعالى من أيّ[8] أبواب

---

(١) أنه قال : ليس في جـ.

(٢) د : " يبلغ " بسقوط حرف النفي .

(٣) أخرجه الترمذي ٤ / ٦٣٤ وابن ماجة ٢ / ١٤٠٩.
كلاهما من حديث عطيّة السعدي رضي الله عنه مرفوعا . وقال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلّا من هذا الوجه ، كما ذكره الغزالي في الإحياء ٥ / ٨١٥.

(٤) جـ : تكونوا .

(*) الأوتار : جمع الوَتَر ، وهو شِرْعة القوس ومعلّقه. اللسان ٥/٢٧٨.

(٥) جـ : " شاف ".

(٦) ليس حديثا مرفوعا ،وذكره الغزالي في الإحياء ٥ / ٨٠٨ من قول ابن عمر ،ولفظه : " لو صلّيتم حتى تكونوا كالحنايا ، وصمتم حتى تكونوا كالأوتار لم يقبل ذلك منكم إلّا بورع حاجز " ونسبه الزبيدي في الإتحاف (٦ / ١٠) إلى القوت أيضا . قال : " الحنايا " جمع حنيّة وهي القوس . " كالأوتار " أي في النحافة والرقّة " إلّا بورع حاجز " أي مانع يمنعكم من الوقوع في معاصي الله تعالى .

(٧) ب : " من لم ينل " وهو تصحيف .

(٨) أ : " في أيّ " والتصويب من سائر النسخ .

جهنم أدخله ".(١)

وروى عنه صلّى الله عليه وسلّم أنه قال : " ملاك دينكم الورع (٢)

وروى أنّ عمر بن الخطّاب رضي الله عنه رأى رجلا دخل السوق يتّجر فقال له : هل تعرف أبواب الربا ، فقال : لا ، فدفع إليه فأسا

---

(١) ذكره الغزالي في الإحيا" (٥/٣٠٨) بلفظ : " من لم يبال من أين اكتسب المال ، لم يبال الله من أين أدخله النار " ونسبه العراقي في المغنى (مطبوع في هامش الإحيا") إلى الديلمي في مسند الفردوس من حديث ابن عمر. قال ابن العربي في عارضة الأحوذى شرح الترمذى :" إنه باطل لم يصحّ ، ولا يصحّ " وقال الزبيدى في الإتحاف (٦/٨) : ولفظ القوت : " وفي الخبر : من لم يبال من أين مطعمه ، لم يبال الله من أىّ أبواب النار أدخله . وقيل : ذلك مكتوب في التوراة" وبعد أن نقل الزبيدى كلام العراقي في تضعيفه قال : " ووقع في نسخ الجامع الكبير للسيوطي بلفظ المصنف " أى الغزالي .

(٢) روى مرفوعا من عدّة طرق ، وعن عدّة من الصحابة ، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنّفه ٨/٧٢٨ ، والحاكم في مستدركه ١/٩٢ وصحّحه ووافقه الذهبي ، والطبراني في الكبير ١١/٣٨ ، وفي الصغير ١/٥٠ ، وأبو نعيم في الحلية ٢/٢١٢ ، والخطيب في تاريخه ٤/٤٣٦ ، وفي الفقيه والمتفقه ١/٢١ ، وابن عبد البرّ في جامع بيان العلم ١/٢٢ ، كما أورده ابن الجوزى في علله ١/٦٧ من طرق وضعّفها ، والهيثمي في المجمع ١/١٢٠ من طرق وأبان عن عللها ، والسيوطي في الجامع الصغير ١/٥٠ وحسّنه ، وأقرّه المناوى في فيض القدير ٤/٤٣٤ ، والألباني في صحيح الجامع الصغير ٤/٨٦ ، كلّهم ببعض الفرق ، وبزيادة في أوّله : " فضل العلم خير من فضل العبادة " قلت : ولا يخلو طريق من مقال ولكنه يتقوّى بمجموع الطرق .

وقال له (١) : إمض فاحتطب .(٢)

فالورع (٣) في الدين مندوب إليه ،وتوقّي الشبه فيه مأمور به / وإذا كان كذلك ، فلا يخلو حال من يعامله (٤) ببيع أو قرض، ١٤٧/أ أو يقبل منه (٥) هبة أوهديّة ،من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون ممّن يتوقّى الشبه (٦) ،ويعلم أنّ ماله حلال ، فمعاملة مثله هي المستحقّة.(٧)

والثاني : أن يكون ممّن يتبع (٨) الحرام ، وقد تعيّن لنا تحريم ماله فمعاملة هذا حرام . والعقود معه على أعيان ما بيده من هذه الأموال باطلة لا يجوز لأحد أن يتملّك عليه شيئا منها .

والثالث : أن يكون من طالبي (٩) الشبه ،ومكتسبي (١٠) الحرام ، لكن ليس يتعيّن تحريم (١١) ذلك المال ، لاختلاطه بغيره من الحلال ،

---

(١) له : أثبته من ب،جـ ،وليس في أ ،د .

(٢) لم أقف عليه ، وقد روى عنه أثر آخر في الموضوع نفسه ، ذكره الغزالي في الإحياء (٤/ ٧٦١) : أنه كان يطوف السوق ،ويضرب بعض التجّار بالدرّة ويقول : " لا يبيع في سوقنا إلّا من يفقه ، وإلّا أكل الربا ، شاء أم أبى ".

(٣) جـ : "والورع " ويأباه السياق .

(٤) جـ : " من يبايعه " وهوتصحيف .

(٥) منه : ساقط من جـ .

(٦) ب : الشبهة .

(٧) من جـ، وفي باقي النسخ "المستحبة".

(٨) جـ : يبيع .

(٩) د : من مطالبي .

(١٠) جـ : وملتمسي .

(١١) تحريم : ساقط من جـ .

كاليهود الّذين في أموالهم الربا ،وأثمان الخمور ،وكقطّاع(١) الطريق ، وعمّال الضرائب والأعشار ،وكالسلطان الجائر الذى قد يأخذ الأموال من غير وجهها إلى من(٢) جرى هذا المجرى . فتكره(*) معاملتهم،(٣) لما وصفنا ورعا واحتياطا ،(ولا يحرم ذلك في الحكم ، بل يجوز(٤) ، لما روى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم اقترض من أبي الشحم(٥) اليهودى آصعا من شعير).(٦)(**) وقد كان ممّن لا يتوقّى الربا ،مع ما أخبر الله تعالى في كتابه(٧) عن كافّة اليهود بقوله(٨) ﴿ سمّاعون للكذب ،أكّالون للسحت ﴾(٩). ولأنّ الله تعالى(١٠) قد أمر بأخذ الجزية من اليهود ،

(*) من جـ . في أ : " فيكره " ولم ينقط في ب د .
(١) جـ : " وقطّاع ".
(٢) أ د : " الى ما " والتصويب من ب جـ .
(٣) د : " معاملته " وهوخطأ.
(٤) وعن مالك : أنّ مبايعة من أكثر ماله حرام باطل كما في الفتح ٨ / ٢٣١ .
(٥) لم أجد له ترجمة ،ولكن ورد ذكره في مصادر السنّة.
(٦) روى من حديث عائشة رضي الله عنها بلفظ "أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم اشترى طعاما من يهودى إلى أجل ، ورهنه درعا من حديد "أخرجه البخارى ٣ / ٧٤ واللفظ له ،ومسلم ٣ / ١٢٢٦ ، والترمذى ٣ / ٥١٩ (عن ابن عباس) والنسائي ٧ / ٢٥٣ ،وابن ماجة ٢ / ٨١٥ كلّهم بدون تسمية اليهودى ووردت تسميته في مسند الشافعي ٦ / ١٥٢ ،وسنن البيهقي ٦ / ٣٧ ،وفيهما "أنه رجل من بني ظفر". (**) مابين القوسين ساقط من أ د ، وأثبته من ب جـ .
(٧) في كتابه : أثبته من جـ ،وليس في سائر النسخ .
(٨) جـ : بقوله تعالى .
(٩) سورة المائدة ٤٢ . قلت : والسحت هوكل مال حرام لا يحلّ كسبه ولا أكله كما في المصباح ص٢٦٧ .
(١٠) تعالى : ليس في د .

ولو حرمت علينا أموالهم لما جاز (١) لنا (٢) أن نأخذها في جزيتهم .
ولأنهم إذا أسلموا أقرّوا على أموالهم ولو حرمت لحرم إقرارهم عليها
بعد إسلامهم ، وقد روى عن عبدالله بن مسعود : (٣) " أنّ رجلا سأله
فقال : إنّ لي جارا (٤) يربى ، أفآكل من ماله؟ فقال : لك مهنأه (*)
وعليه مأثمه " (٥) والله أعلم.

* * *

(*) من ب ج . في أ د : " مهنأ ".
(١) من ج وفي باقي النسخ : ما جاز.
(٢) لنا : ليس في ب ، ج.
(٣) ج : بزيادة " رضي الله عنه ".
(٤) من ب ، ج. وفي أ ، د : " جار " وهو خطأ.
(٥) ذكره عبد الرزّاق في المصنّف ٨/ ١٥٠ ، والغزالي في الإحياء ٥/ ٨٦٣ ، والبغوى في شرح السنّة ٨/ ١٤ كلهم بنحوه عن سلمان الفارسي ، والحسن البصرى وغيرهما .
قال ابن الأثير في النهاية (٥/ ٢٧٧) : كل أمر يأتيك من غير تعب فهو هنيء ، وكذلك المَهْنأ ، والمهنّأ ، والجمع " المهاني " أى : يكون أكلك له هنيئا لا تؤاخذ به ، ووزره على من كسبه ".

[باب الشــروط التي تفسد البيع[1]]

قال الشافعي رحمه الله[2] : (واذا اشترى جارية[3] على أن لا يبيعها ، أوعلى أن لا خسارة عليه في ثمنهـا[4] ، فالبيـع فاسد)[5] .

إعلم أنّ الشرط في البيع إنما يؤثّـر إذا اقترن بالعقد ، فأمّا إن تقدّمـه فلا تأثير له ؛ لأنه[6] لا يكون شرطا ، وانما يكون وعدا وخبرا[7] . والشروط المقترنة بالعقد على أربعة أقسام[8] :

أحدها : ما كان من مقتضى العقد وواجباته ، كاشتراط تعجيل الثمن ، وسلامة المبيع ، وضمان الدرك[9] . فهذه الشروط واجبة بالعقد ، واشتراطها تأكيـد فيه ، والعقد لازم بها .

والقسم الثاني : ما كان من مصلحة العقد ومباحاته ، كاشتراط الرهـن ،

---

(١) ب ، جـ : " باب الشرط الذى يفسد البيع " م : " باب البيع الفاسد "

(٢) ب ، د : رضي الله عنـه .

(٣) جـ : بجاريـة .

(٤) م : من ثمنـها .

(٥) انظـر : مختصر المزنى ٢٠٣/٢

(٦) لأنه : ساقط من جـ

(٧) انظـر : المجموع ٣٧٤/٩

(٨) المرجع السابق ٣٦٤/٩ وذكر عدم الخلاف في الضربين الأوّلين كما ذكـر ضربا خامسـا وهو أن يشترطها لا يتعلّق به غرض يورث تنازعا كشرط أن لا يأكل إلاّ الهريسة ، أو لا يلبس إلاّ الخزّ أو الكتّان ، أو شرط شهودا وعيّنهـا ، فهذه الشروط لا تفسد العقد بل تلغو ويصحّ البيع على المذهب .

(٩) تقدّم تعريف ضمان الدرك في ص ٤٦٥ هامش ٢

والضمين ، وتأجيل الثمن ، وخيار الثلاث . فهذا وما شاكله لازم بالشرط دون العقد ؛ لأنّ إطلاق العقد لا يقتضيه ، واشتراطه في العقد لا ينافيه .

والقسم الثالث : ما كان من موانع العقد ومحظوراته ، وهو كلّ شرط منع المشترى من واجب ، (أو ألزم البائع ما ليس بواجب ، فالذى منع المشترى من واجب)[١] أن يقول : قد بعتك[٢] هذه الجارية على أن لا تبيعها ، أو لا تطأها . أو بعتك هذه الدار على أن لا تسكنها ولا تؤجرها[٣] ، / أو بعتك ١٤٧/ب هذه الدابّة على أنني أركبها دونك[٤] . أو بعتك هذه الماشية على أنّ نتاجها أو لبنها لي دونك ، أو بعتك هذه الأرض على أنّني أزرعها سنة .

وأمّا الذى ألزم البائع ما ليس بواجب ، فهو أن يقول : قد بعتك هذه الجارية على أن لا خسارة عليك في ثمنها ، أو على أنّني[٥] (ضامن لك مائة درهم من ربحها ، أو بعتك هذه النخلة على أنّني)[٥] كفيل بمائة وسق من ثمرها ، أو بعتك هذه الأرض على أنني قيّم بعمارتها وزراعتها ، فهذان الضربان وما شاكلهما من الشروط باطلة ، والعقد باشتراطها فيه باطل . وبه قال جمهور الفقهاء[٦].

وذهب ابن سيرين ، وحمّاد بن أبي سليمان[٧] : إلى أنّها شروط لازمة ، والعقد معها ثابت .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من جـ

(٢) جـ : " بعتك " بدون قد

(٣) جـ : أو لا تؤجرها

(٤) جاء في المجموع ٩ / ٣٦٩ : " إذا باع دارا واشترط البائع لنفسه سكناها ، أو دابّة واستثنى ظهرها ، فان لم يبيّن المدّة المستثناة ويعلم قدرها ، فالبيع باطل بلا خلاف ، وان بيّناها فطريقان ، أصحّهما : فساد البيع. والثاني : فيه وجهان ، أصحّهما : البطلان "

(٥) ما بين القوسين ساقط من جـ

(٦) انظر: بداية المجتهد ٢ / ١٣٣ ، والمجموع ٩ / ٣٧٦ وفيه:" وبه قال ابن عمر وعكرمة ، والأوزاعي ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وجماهير العلماء " ، ورحمة الأمة ص ١٣٤

(٧) وبه قال ابن شبرمة أيضا . انظر المراجع السابقة .

وذهب الحسن البصري ، وابن أبي ليلى ، والنخعي ، وأبو ثور [١] إلى صحّة البيع [٢] ، وبطلان الشرط .

وقال إسحاق بن راهويه [٣] : إن كان شرطا واحدا صحّ العقد ، ولزم [٤] الشرط ، وإن كان أكثر من شرط بطل البيع والشرط [٥] .

وقال مالك [٦] : إن شرط البائع من منافع المبيع يسيرا كسكنى يوم ، أو يومين ، أو ثلاثة ، صحّ البيع والشرط ، وإن كثر بطل البيع والشرط .

واستدلّ من أجاز البيع والشرط بحديث [٧] جابر [٨] أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ابتاع منه بعيرا بأربعة دنانير ، وقال : لك ظهره حتى تأتي المدينة [٩] .

---

(١) وبه قال ابن المنذر أيضا كما في المجموع ٩ / ٣٧٦

(٢) جـ : " المبيع " وهو تصحيف .

(٣) وبه قال الإمام أحمد أيضا مستدلاً بحديث : " لا يحلّ سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع " انظر : المغني لابن قدامة ٤ / ١٦٩ .
وقد ردّ النووي في المجموع (٩ / ٣٧٧) على هذا الاستدلال فقال : " إنّ هذا مفهوم اللقب ، والصحيح الذي عليه الأكثرون أنه لا يدلّ على نفي الحكم عمّا عداه ، فلا يلزم النهي عن بيع وشرطين جواز شرط واحد " .

(٤) جـ : ولزمه .

(٥) جـ : المبيع والشرطان .

(٦) انظر : المدوّنة ٤ / ٢٢٠ ، والبداية ٢ / ١٣٤ ، والقوانين ص ٢٨٥ ، ورحمة الأمة ص ١٣٤ . قلت : وقع من المؤلّف سهو في التمثيل لمذهب مالك ، فقد جاء في المدوّنة قول مالك : " يجوز اشتراط سكنى الدار لمدّة سنة ؛ لأنّها مدّة قريبة ، وكره ما تباعد من ذلك " ، كما يمكننا القول بأنّ الماوردي ذكر هذا المثال على حسب عرف بلاده ، فإن العرف يختلف في ذلك .

(٧) كما استدلّوا أيضا بحديث : " المسلمون على شروطهم " وأجاب عنه النووي بأنه عامّ مخصوص ، والمراد به الشروط الجائزة . انظر : المجموع ٩ / ٣٧٦ .

(٨) د : جابر رضي الله عنه .

(٩) تقدّم تخريجه في ص : ٨٤

قالوا : ولا يجوز أن يشترط النبي صلّى الله عليه وسلّم في عقده[1] شرطا فاسدا فدلّ على صحّة البيع والشرط .

واستدلّ من أجاز البيع) *[2] وأبطل الشرط بحديث بريرة[3] أنّ عائشة[4] لمّا أرادت شراءها ، امتنع[5] مواليها إلاّ أن يشترط[6] لهم الولاء ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : « اشتري واشترطي لهم الولاء ، فان الولاء لمن أعتق » فاشترتها ، فأبطل[7] النبيّ صلّى الله عليه وسلّم الشرط وأمضى البيع[8] ، وقال : « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله . كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، وانما الولاء لمن أعتق . »[9]

والدليل على بطلان البيع والشرط ما نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن بيع وشرط[10] . وظاهر[11] هذا النهي يقتضي فساد المنهي عنه . ولأنّ هذه

---

(١) في عقده : أثبته من ب ، وليس في باقي النسخ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من جـ

(٣) بريرة مولاة عائشة ، صحابية ، مشهورة ، عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية . انظر ترجمتها في : أسد الغابة ٣٩/٧ ، والاصابة ٢٥١/٤ ، والتقريب ص ٤٦٦ .

(٤) جـ : « عائشة رضي الله عنها »، د : « عائشة رضي الله عنها »..

(٥) ب ، جـ : منع .

(٦) جـ : « بأن تشترط »، د : « أن تشترط »..

(٧) جـ : وأبطل .

(٨) جـ : " المبيع " وهو تصحيف .

(٩) أخرجه البخاري ٩٥/٣ ، ومسلم ١١٤٢/٢ ، وأبو داود ٢١/٤ ، والنسائي ٢٦٤/٧ ، والترمذي ٥٥٧/٣ ، وابن ماجة ٨٤٢/٢ ، قلت : ذكر المؤلّف الحديث هنا مختصرا ، ويذكره بكامله في ص : (١٠٨٣) .

(١٠) انظر تخريجه في ص : ١٠٨٢ . هامش : ٧

(١١) ظاهر : ساقط من جـ .

الشـروط [١] لا تخلو إمّا [٢] أن تكون على البائع أو على المشتري فإن كانت [٣] على البائع ، فقد منعتـه [٤] من استقرار ملكه على الثمن [٥] وأدّت إلى جهالة فيـه . وإن كانت على المشتري منعت من تمام ملكه على المبيـع [٦] ، وأضعفت تصرّفه فيه ، فبطل العقد بكلّ واحد منهما .

فأمّا استدلال من أجاز البيع والشرط بحديث جابر فعنه جوابان :

أحدهما : أنه شرط بعد صحّة العقـد ./ والثانـي : لم يكن ذلك مع جابـر بيعا مقصودا ؛ لرواية سالم بن أبي الجعد [٧] أنّ النبيّ صلّى اللّٰه عليه وسـلّم أعطاه الثمن [٨] ، وردّ عليه الجمل ، وقال : « أتراني إنما [٩] ماكستك [١٠] لآخذ جملك . خذ جملك [١١] ودراهمك ، فهما لك » [١٢] فدلّ أن النبيّ صلّى اللّٰه عليه وسلّم إنما أراد منفعته لا مبايعتـه [١٣] .

١٤٨/أ

---

(١) د : شروط

(٢) إمّا : ليس في جـ . وفي ب بدله « مـن »

(٣) د : "كان" وهو خطـأ .

(٤) د : " منعه " وهـو خطأ .

(٥) جـ : « اليمين » وهو تصحيف .

(٦) ب : "ملكه المبيع" جـ : " للمبيع "

(٧) هو سالم بن أبي الجعد رافع ، الغطفاني ، الأشجعي مولاهم ، الكوفي ، ثقة ، وكان يرسل كثيرا ، مات سنة ٩٧ هـ ، وقيل بعدها . أنظر ترجمته في : الجرح ٢/ ١٨١ ، والتهذيب ٣/ ٤٣٢ ، والكاشف ١/ ٣٤٣ ، والتقريب ص ١١٤ .

(٨) جـ : « اليمين » وهو تصحيف

(٩) د : بدون « إنما »

(١٠) جـ : " كستك " أي بسقوط الحرفين الأولين .

(١١) خذ جملك : ساقط من جـ

(١٢) قلت : هذه الزيادة وردت في رواية عامر الشعبي ، لا في رواية سالم ، اتّضح لي ذلك من مصادر تخريجه الّتي تقدّمت في ص : ٨٤

(١٣) وإضافة إلى ذلك فإنها قضيّتين لا عموم لها ، فلا دلالة فيها ، مع أنّ الحديث فيه اضطراب ، انظر : المجموع ٩/ ٣٧٧ .

وأمّا استدلال من أجاز البيع وأبطل الشرط بحديث بريرة ، فان هشام ابن عروة [١] هو الّذى اختصّ بقوله : " واشترطي لهم الولاء ". (ولم ينقل [٢] ذلك غيره . على أنّ قوله : " واشترطي لهم الولاء ". [٣]) أى : " عليهم " كما قال تعالى [٤] : ((أولئك لهم اللعنة [٥])) بمعنى [٦] " عليهم " . وقيل : إن الشرط إنما كان في العتق لا في البيع ، على أنه عليه السلام [٧] أراد بهذا الشرط إبطال اشتراط الولاء لغير المعتق ؛ ليتقرّر [٨] الشرط عليه وان كان مشروطاً ، فكان حكمه مخصوصاً .

وأمّا ما ذهب إليه إسحاق من إجازة شرط واحد (وابطال أكثر منه فلا وجه له ؛ لأنه إن جرى مجرى الشروط الجائزة ، فينبغي أن يحوز ، وان كان مائة شرط . [٩]) وان كان فاسداً فينبغي أن يبطل ، وان كان شرطاً واحداً. وكذا القول لمالك .

والقسم الرابع : ما كان مختلفاً فيه [١٠] ، وهو بيع العبيد والإماء

---

(١) هو التابعي المشهور ، أبو المنذر هشام بن عروة بن الزبير بن العوام ، القرشي ، الأسدي ، المدني ، أحد الفقهاء السبعة . توفي ببغداد سنة ١٤٥ هـ أو بعدها ، وله ٨٧ سنة . انظر : الجرح ٩ / ٦٣ ، وتهذيب الأسماء ٢ / ١٣٨ ، والتقريب ص ٣٦٤ .

(٢) د : ولم يقل .

(٣) ما بين القوسين ساقط من جـ

(٤) د : قال الله تعالى .

(٥) سورة الرعد : ٢٥

(٦) جـ : أي بمعنى .

(٧) جـ : صلّى الله عليه وسلّم .

(٨) د : ليقرّر .

(٩) ما بين القوسين ساقط من جـ

(١٠) من ب ، جـ ، وفي أ : " ما كان يختلفا فيه " د : " ما يختلفا فيه " وهو تصحيف .

بشرط العتق ، ففي صحّة البيع والشرط ثلاثة أقاويل :[١]

أحدها : أنّ الشرط باطل ، والبيع باطل ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه[٢] . إلاّ أنّ أبا حنيفة قال : " إن أعتقه نفذ عتقه "[٣] بناءً على أصله أنّ المقبوض عن بيع فاسد ينفذ فيه العتق ، لكن يضمنه في هذا الموضع بالثمن . وقال صاحباه : يضمنه[٤] بالقيمة .

وعند الشافعي أنّ عتقه لا ينفذ فيه ؛ لزوال ملكه عنه .[٥]

ووجه هذا القول في بطلان الشرط والبيع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جدّه :((أنّ النبيّ[٦] صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع وشرط))[٧] فكان على

---

(١) انظر : الفتح ٨/ ٢٠٠ ، والروضة ٣/ ٤٠١ ، والمجموع ٩/ ٣٦٤ ، وفيه :((وإذا صحّحناه فصورته إذا شرط أن يعتقه المشتري عن نفسه ، أو أطلق اشتراط عتقه . أمّا إذا باعه بشرط أن يعتقه المشتري عن البائع ، فالبيع باطل قطعا)) ، والمنهاج مع المغني ٢/ ٣٣ ، وشرح المحلّي ٢/ ١٧٩ .

(٢) انظر : البدائع ٧/ ٣٠٧٤ ، وفيها : ((فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه جائز)) ، والهداية مع الفتح ٦/ ٤٤١ ، والكنز مع التبيين ٤/ ٥٧ .

(٣) نفذ عتقه : ساقط من جـ

(٤) ب ، جـ : يضمن

(٥) قلت : المشتري لا يملك المبيع في البيع الفاسد لدى الشافعي ، فلا يصحّ تصرّفه فيه . فقول المؤلّف ((لزوال ملكه عنه)) غير دقيق .

(٦) جـ : أنّ رسول الله

(٧) أخرجه ابن حزم في المحلّى ٨/ ٤١٥ ، والخطّابي في المعالم ٥/ ١٤٥ ، والطبراني في الأوسط ، والحاكم في معرفة علوم الحديث ص ١٢٨ ، ومن طريق الحاكم ذكره عبد الحقّ في ((أحكامه)) وسكت عنه . قال ابن القطّان : ((علّته ضعف أبي حنيفة في الحديث)) .

راجع : نصب الراية ٤/ ١٧ ، والتلخيص الحبير ٣/ ١٢ .

عمومه . ولأنّ مشتري العبد على الإطلاق مخيّر بين أن يعتق وبين أن لا يعتق ، فلمّا كان لو[1] اشتراه بشرط أن لا يعتقه بطل البيع ؛ لإيقاع الحجر عليه بالشرط ، وجب[2] إذا اشتراه بشرط أن يعتقه أن يبطل به البيع ؛ لإيقاع الحجر عليه بالشرط .

وتحرير هذا الاستدلال قياسا : أنه شرط منع كمال التصرّف ، فوجب أن يبطل البيع ، كما لو شرط أن لا يعتقه . ولأنه لو ابتاعه بشرط الكتابة والتدبير فسد البيع ، وكذا لو ابتاع دارا بشرط الوقف بطل البيع ، وجب[3] إذا ابتاعه بشرط العتق أن يكون مثله في الحكم .

والقول الثاني : أنّ البيع صحيح ، والشرط صحيح[4] . ووجهه[5] رواية هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة[6] أنها[7] قالت : ((كاتبت بريرة على نفسها بتسع أواق* ، في كلّ سنة أوقية ، / فجاءت إلى[8] عائشة ٤٨ ا ب تستعينها[9] ، فقالت : لا ، ولكن إن شئت عددت لهم مالهم عدّة واحدة ، ويكون الولاء لي . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فذكرت ذلك لهم ، فأبوا

---

(١) جـ : فلمّا كان له إذا

(٢) جـ : " فالشرط واجب " وهو تصحيف

(٣) ب : فوجب

(٤) وبه قال مالك ، وأحمد في أصحّ الروايتين عنه وهو الصحيح المشهور الّذي نصّ عليه الشافعي في معظم كتبه ، وبه قطع أكثر أصحابه . انظر الفتح ٨/ ٢٠٠ ، والمجموع ٩/ ٣٦٤ .

(٥) جـ : " ووجه " بسقوط الهاء الثانية .

(٦) جـ : عائشة رضى اللّه عنها

(٧) أنها : ليس في ب * الأواقي : جمع " الأوقية " وهي أربعون درهما . انظر المصباح ص ٦٦٩ .

(٨) إلى : ليس في جـ

(٩) تستعينها : ليس في د

عليها إلاّ أن يكون الولاء لهم [١] ، فجاءت إلى عائشة فسارّتها بما قالت لهم [٢] ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : " وما ذاك ؟" فأخبرته عائشة [٣] ، فقال لها : " ابتاعيها ، وأعتقيها ، واشترطي لهم الولاء ، فان الولاء لمن أعتق . " فاشترتها وأعتقتها [٤] ، فصعد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم المنبر [٥] ، فخطب وقال : ((مابال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى [٦] ، تعلموا أنّ من شرط شرطا ليس في كتاب الله تعالى ، فان الشرط باطل ، وان كان مائة شرط ، قضاء الله أحقّ ، وشرطه [٧] أوثق ، مابال رجال منكم يقولون : أعتق فلان ، والولاء لنا [٨] ، إنما الولاء لمن أعتق .)) [٩]

فموضع الدلالة منه [١٠] أنّ ابتياع بريرة كان بشرط العتق ، بدليل اشتراط الولاء ، فصحّح النبيّ صلّى الله عليه وسلّم البيع مع اشتراطه ، وأبطل أن يكون الولاء إلاّ [١١] لمعتقه .

ولأنه لمّا كان لو قال له : ((أعتق عبدك عني بألف)) صحّ البيع ، ونفذ

---

(١) د : أن يكون لهم الولاء .

(٢) ب : ((فسألتها)) ، جـ : ((تسلمه فقالت)) وكلاهما تصحيف

(٣) جـ : عائشة رضي الله عنها .

(٤) من د . وفي أ " وأعتقها " خطأ . ب ، جـ " فأعتقتها "

(٥) المنبر : أثبته من جـ ، وليس في باقي النسخ .

(٦) تعالى : ليس في ب ، جـ

(٧) جـ : وشروطه

(٨) ب : له

(٩) تقدّم تخريجه في ص : ١٠٧٩ ، هامش ٩

(١٠) منه : ساقط من د

(١١) إلاّ : أثبته من جـ ، ولا يوجد في باقي النسخ

العتق [١] ، وإن لم يستقر للباذل على العبد ملك [٢] ، فما استقر بالعقد ملكه ، وشرط عليه عتقه أولى أن يصح .

ولأن استحداث الملك لا يمنع من استحقاق العتق ألا ترى أنه لو اشترى أباه ، صح بيعه ، ونفذ عتقه ، فوجب إذا لم ينافه [٣] أن يصح اشتراطه فيه .

ولأن للعتق [٤] فضل مزية [٥] على غيره من الشروط ؛ لأنه ينفذ في الملك ، ويسرى إلى غير الملك ، ويقع باختيار ، وغير اختيار فيمن اشترى والدا أو ولدا ، فوجب أن يكون له فضل مزية [٥] على غيره من الشروط في صحة العقد به ، وإن بطل بغيره .

وليس لاعتبار اشتراط العتق بأن [٦] لا يعتق وجه ؛ لما ذكرنا من فضل مزية العتق على غيره . ولا لاعتباره بالكتابة ؛ لأن الكتابة [٧] معاوضة [٨] تشبه اشتراط بيعه ، ولا تشبه اشتراط عتقه .

والقول الثالث : أن الشرط باطل ، والبيع جائز [٩] . وبه قال أبو ثور [١٠] . وحكى هذا [١١] القول عن الشافعي . وليس يعرف له ، ولا يحفظ عنه إلا من جهة أبي ثور [١٢] . ووجهه [١٣] ضعيف ؛ لأن الشرط الفاسد

---

(١) انظر : التنبيه ص ٩٧

(٢) ج : ((مال)) وهو تصحيف .

(٣) من ج . وفي باقي النسخ : ((لم ينافيه)) وهو خطأ

(٤) ج : ((للمعتق)) وهو تصحيف

(٥) ج : ((فضل من يديه)) في الموضعين ، وهو تصحيف .

(٦) ج : أن

(٧) لأن الكتابة : ساقطة من د

(٨) ج : ((معارضة)) وهو تصحيف

(٩) قال الإمام الغزالي : « إنه القياس » كما في الوجيز ١ / ١٣٨

(١٠) ونسبه النووي إلى ابن أبي ليلى أيضا . انظر : المجموع ٩ / ٣٦٦

(١١) ب : « وهو القائل لهذا » ج : « وهو الناقل لهذا »

(١٢) انظر : الفتح ٨ / ٢٠٠

(١٣) د : ((وجهه)) بسقوط إحدى الواوين

لا يصحّ معه البيع في موضع بحال . ولو[1] جاز أن يكون مذهبا ، فلعلّ[2] من دليل قائله حديث بريرة أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم ما أبطل[3] بيعها باشتراط العتق ، ولا ألزم عائشة عتقها ، وانما[4] أعتقت باختيارها .

فاذا تقرّر توجيه هذه الأقاويل ، فان قلنا بالقول الأوّل إنّ البيع والشرط باطلان ، فلا تفريع عليه . وان قلنا بالقول الثاني إنّ البيع والشرط صحيحان، فقد استحقّ عليه عتقه / بالشرط ، فاذا أعتقه[5] فقد فعل ما لزمه ، ١٤٩/أ ويكون ولاؤه[6] له ؛ لأنه هو المعتق له . وان لم يعتقه فهل[7] يجبر على عتقه أم لا ؟ على وجهين[8] :

أحدهما: يجبر على عتقه ؛ لاستحقاقه عليه بالشرط . وهذا قول أبي سعيد الإصطخري ، فعلى هذا لو جنى العبد قبل عتقه لم يجز بيعه في جنايته ، وأخذ المشتري بفديته ؛ لأنّ استحقاق عتقه بسبب[9] من جهته فجرى مجرى أمّ ولده .

---

(١) ب : ((فان)) جـ : ((فلئن))

(٢) ب : ((فعلل)) وهو تصحيف

(٣) د : ((أبطل)) بسقوط حرف النفي

(٤) جـ : فانما

(٥) ب ، جـ : فان أعتقه

(٦) ب : الولاء

(٧) جـ : ((وهل)) ويأباه السياق

(٨) انظر : المهذّب ١/٢٧٥ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٨/٢٠١ وفيه : " فيه وجهان ، وقيل : قولان ، أصحّهما عند المصنّف - أي الغزالي - أنه يجبر عليه " ، والروضة ٣/٤٠٣ ، والمجموع ٩/٣٦٥ .

(٩) جـ : ((سبب)) بسقوط الباء

والثاني : لا يجبر عليه ، لاستقرار ملكه عليه . فعلى هذا يكون لبائعه الخيار في فسخ البيع ؛ لأجل شرطه .

فلو تسلّمه[١] المشتري فلم يعتقه - على الوجهين معا - حتى مات في يده ، كان في قدر ما يضمنه[٢] المشتري به ثلاثة أوجه لأصحابنا[٣] :

أحدها : أنه يضمنه بالثمن[٤] (لأنه مقبوض عن بيع صحيح .

والوجه الثاني : أنه يضمنه بالثمن)[٤] ، وبالقدر الذى سمح به البائع حين شرط عتقه[٥] ؛ لأنّ ما في مقابلة المسامحة من العتق لم يوجد .

والوجه الثالث : أنه يضمن بالقيمة دون الثمن ، ويكون موته قبل العتق مبطلا لبيعه ، لفوات الشرط فيه .

وان قيل بالقول الثالث الذى حكاه أبو ثور إنّ البيع صحيح والشرط باطل ، فعتقه غير مستحق على مشتريه ؛ لفساد اشتراطه . ويكون مخيّرا بين عتقه وامساكه . فان أعتقه نفذ عتقه ، ولا يقال[٦] لبائعه.وان[٧] أعتقه المشترى عن كفّارة واجبة ، فهل يجزيه أم لا ؟ على وجهين[٨] :

---

(١) جـ : فلو تسلّم

(٢) جـ ، د : ما تضمّنه

(٣) وفي المسألة وجه رابع لم يذكره المؤلّف ولكن ذكره النووي في المجموع، وهو أنّ للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شيء له غير المسمّى ، وان شاء فسخه وردّ الثمن ورجع بقيمة العبد . قال : وأصحّهما : أنه ليس على المشترى إلاّ الثمن المسمّى؛لأنه لم يلتزم غيره . انظر: المجموع ٩ / ٣٦٥ — ٣٦٦ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من د

(٥) وطريقته أن يقوّم العبد من غير شرط العتق ، ثم يقوّم مع شرط العتق ، ويجب ما بينهما من الثمن . انظر : المهذّب ١ / ٢٧٥

(٦) جـ : ((ولا مضارّ)) وهوتصحيف

(٧) ب : فان

(٨) انظر : الفتح ٨ / ٢٠٢ ، والروضة ٣ / ٤٠٣ ، والمجموع ٩ / ٣٦٥

أصحّهما : يجزيه ؛ لأنه قد كان مالكا له ، ومخيّرا في عتقه .

والثاني : لا يجزيه ؛ لأنّ هذا الشرط [١] موكس في ثمنه ، فكان كنقص [٢] به .

وان امتنع المشترى من عتقه ، فهل للبائع خيار في [٣] فسخ البيع على المشترى أم لا ؟ على وجهين : [٤]

أحدهما : - وهو قول البغداديين - لا خيار له ؛ لفساد الشرط .

والوجه الثاني : - وهو قول البصريين - له الخيار ؛ لأنّ فساد الشرط يمنع من لزومه ، ولا يمنع من استحقاق الخيار به . كما لو شرط في المبيع [٥] رهنا لم يلزم ، وأوجب خيار البائع [٦] والله أعلم .

- مسألة -

قال الشافعي [٧] : ((ولو قبضها فأعتقها ، لم يجز عتقها)) [٨] .

وهذا كما قال . إذا اشترى شيئا فاسدا ، إمّا لجهالته ، أو لفساد [٩] شرطه ، وإمّا لتحريم ثمنه ، لم يستحق قبضه . فان قبضه لم يملكه بالقبض . وان [١٠] تصرّف فيه بعد القبض ببيع ، أو هبة ، أو عتق ، كان باطلا

---

(١) د : ((شراء)) وهو تصحيف

(٢) د : فكان النقص

(٣) في : ساقط من أ ، د ، وأثبته من ب ، ج

(٤) أنظر : الفتح ٨ / ٢٠١

(٥) د : البيع

(٦) في ج : ((رهنا لم يكن يوجب خيار البائع)) وهو خطأ

(٧) د : الشافعي رضي الله عنه

(٨) أنظر : مختصر المزني ٢ / ٢٠٣

(٩) ب ، ج : إمّا لجهالة ثمنه وإمّا لفساد

(١٠) ب : فان

مرد ودا [١] .

وقال أبو حنيفة [٢] : المقبوض عن عقد فاسد [٣] قد ملكه ملكا ضعيفا . فان تصرّف فيه ببيع أو هبة أو عتق ، قوى ملكه ، ونفذ تصرّفه ، إلاّ أن يكون فساد العقد لأنّ ثمنه [٤] ممّا لا يتموّل بحال كالميتة والدم / فانه لا يملك بالقبض . ١٤٩/ب

واستدل بحديث بريرة : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أذن لعائشة أن تشتريها على الشرط الفاسد ، ثم أمضى عتقها ، وأنفذ تصرّفها . قال : ولأنه مضمون عليه بعقد وجد فيه التسليط ، فوجب أن ينفذ فيه تصرّفه كالمقبوض عن عقد صحيح [٥] . ولأنّ عقد النكاح [٦] موضوع لملك البضع ، كما أنّ عقد البيع موضوع لملك الرقبة ، فلمّا تعلّق بالوطء في النكاح الفاسد أحكام [٧] الوطء في النكاح الصحيح ، وجب أن يتعلّق بالقبض في البيع الفاسد أحكام القبض في البيع الصحيح .

قالوا : ولأن عقد الكتابة يوجب إزالة ملك السيّد ، كما أنّ عقد البيع يوجب إزالة ملك البائع ، فلما استوى حكم الكتابة الصحيحة والكتابة الفاسدة في حصول العتق فيها [٨] ، وزوال الملك بها ، وجب أن يكون [٩] حكم البيع الصحيح

---

(١) انظر : المهذّب ٢٧٥/١ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٢١٢/٨ وفيه : ((وبه قال أحمد ومالك)) ، والروضة ٤٠٨/٣ ، والمجموع ٣٦٩/٩ .

(٢) انظر : البدائع ٣٣٧٧/٧ ، والهداية مع الفتح ٤٥٩/٦ ، والتبيين ٦١/٤

(٣) جـ : ((عن عتق)) وهو تصحيف

(٤) جـ : ثمنها .

(٥) د : شراء صحيح

(٦) جـ : العقد في النكاح

(٧) د : ((وأحكام)) خطأ

(٨) جـ : فيهما

(٩) ب ، جـ : أن يستوى

والبيع الفاسد في نفوذ التصرّف وزوال الملك سواء[١] . وهذا خطأ .

ودليلنا : قوله تعالى ((الذين يأكلون الربا ، لا يقومون إلّا كما يقوم الذى يتخبّطه الشيطان من المسّ))[٢] . فلو كان المقبوض بالعقود الفاسدة المحرّمة يصير[٣] مملوكا ، ما استحقّ الوعيد[٤] بأكله . فلمّا توجّه الوعيد إليه ، دلّ على أنه لم يصر[٥] بالتصرّف من ملكه[٦] . ولأنه مقبوض عن بيع فاسد ، فوجب أن لا ينفذ تصرّفه فيه ، أصله إذا ابتاعه بميتة أو دم . ولأنّ كلّ ما لا يحصل الملك به إذا عقد بميتة أو دم ، لم يحصل الملك به إذا عقد بخنزير أو خمر ، كالّذى لم يقبض . ولأنّ[٧] كلّ أصل لزم ردّه عليه[٨] بنمائه[٩] المنفصل عنه ، لم يكن ملكا لمن لزمه ردّه كالغصب ، والمقبوض[١٠] على وجه السوم . ولأنّ كلّ قبض أوجب ضمان القيمة ، لم يحصل به الملك . أصله إذا قبض[١١] عن بيع فاسد بشرط الخيار ، فان شرط الخيار عنده يمنع من حصول الملك في الصحيح والفاسد معا . ولأنّ المبيع يملك بالعقد ، والهبة تملك بالقبض ، فلمّا لم ينتقل الملك بالهبة عن القبض إلى العقد ، لم ينتقل الملك بالبيع عن

---

(١) سواء : ليس في ب ، ج

(٢) سورة البقرة : ٢٧٥

(٣) ج : يكون

(٤) ج : الوعيد عليه

(٥) ج : ((لم يضر)) وهو خطأ

(٦) ج ، د : في ملكه

(٧) ج : ((لأن)) بدون الواو ، وهو خطأ

(٨) عليه : ليس في ب

(٩) د : ((ضمانه)) وهو تصحيف

(١٠) ج : ((المقبوض)) بسقوط الواو

(١١) ب ، ج : أقبضه

العقد الى القبض . ولأنّ ملك [١] ما قبض عن بيع فاسد لا يخلو من أن يكون بالعقد أو بالقبض ، أو بهما جميعا ، فلم يجز أن يكون بالعقد وحده ؛ لأنه لو لم يتعقّبه القبض لم يحصل به الملك ، ولم يجز أن يكون (بالقبض وحده ؛ لأنه لو لم يتقدّمه العقد ، لم يحصل به الملك ، ولم يجز أن يكون) [٢] بالعقد والقبض معا ، لأمرين :

أحدهما : أنه مخالف لموضوع البيوع التي [٣] ينتقل الملك فيها [٤] بنفس العقد .

والثاني : أنّ للبائع بعد وجود العقد والقبض استرجاعه من المشترى ، ومطالبته بمهر المثل / إن وطىء الجارية المقبوضة بالعقد الفاسد . ولو ملك [٥] لم يجز انتزاع ملكه من يده ولا مطالبته بمهر [٦] في وطء ملكه ، فدلّ على انتفاء [٧] الملك عنه [٨] في الأحوال . ١٥٠/أ

وأمّا [٩] الجواب عن استدلالهم بحديث بريرة فهو أنّ عقد ابتياعها كان صحيحا ؛ لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أذن لعائشة [١٠] فيه ، ولا يجوز أن يأذن في عقد فاسد ، فكان عتق عائشة صادف ملكا عن عقد صحيح .

---

(١) ج : ((ولأن كل ملك)) ويأباه السياق

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج ، د

(٣) ج : ((الشرع الذى)) د : ((البيوع الذى)) وكلاهما خطأ

(٤) ج : ((فيه))

(٥) ب : ملكه

(٦) د : بمهر المثل

(٧) من ب . وفي باقي النسخ ((انتقال)) وهو خطأ

(٨) عنه : ليس في ج

(٩) ج : فأمّا

(١٠) ج : لعائشة رضى الله عنها

وأمّا قياسهم على العقد الصحيح فمنتقض بالعقد إذا كان الثمن فيه ميتة [١] أو دما [٢] . على أنّ المعنى في الصحيح أنه مضمون بالثمن فصح الملك به ، وليس كذلك الفاسد .

وأمّا استدلالهم بعقد النكاح فهو حجّة عليهم ؛ لأنّ ما يملك بالنكاح الصحيح من الطلاق والخلع والظهار ، ينتفي عن النكاح الفاسد . فكذلك البيع.
وأمّا لحوق النسب [٣] ، ووجوب العدّة ، فهو من أحكام الوطء ، وليس ممّا يملك بالعقد .

وأمّا استدلالهم بالكتابة فالجواب عنه أنّ الكتابة الفاسدة إذا بطل حكم العقد فيها ، بقي [٤] العتق بالصفة ، فكان العتق بوجود الصفة ، لا بالكتابة الفاسدة [٥] . وليس كذلك البيع .

- فصل -

فاذا ثبت أنّ البيع الفاسد لا يملك به ولا بالقبض والتصرّف ، [٦] فلو كان المبيع دارا ، فبنى المشتري فيها بناء ، أو كانت أرضا ، فغرس فيها غرسا ، لم يكن للبائع قلع بنائه . وقيل له [٧] : إمّا أن تعطيه قيمة بنائه [٨] وغرسه قائما ، أو تقلعه وتعطيه ما نقص من قيمته [٩] .

---

(١) ميتة : ساقطة من د
(٢) أ : ((دم)) والتصويب من باقي النسخ
(٣) ب : وأمّا الجواب عن لحوق النسب
(٤) د : ((نفى)) وهو خطأ
(٥) ولهذا لو مات السيّد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء إلى الوارث . انظر: المجموع ٩ / ٣٧٨
(٦) ج : ((والصرف)) تصحيف
(٧) له : أثبته من ب ، ج . وليس في أ ، د
(٨) ب : بنيانه
(٩) وبقول الشافعي قال مالك ، وأحمد ، كما في رحمة الأمة ص ١٣٤

وقال أبو حنيفة [١] : ليس للبائع استرجاع الدار ، ويأخذ قيمتها من المشترى .

وقال أبو يوسف ومحمّد [٢] : ينقض البناء ، وتردّ [٣] الدار على بائعها ، والله أعلم [٤] .

- مسألة -

قال الشافعي [٥] : (وان أولدها * ، ردّت إلى ربها ، وكان عليه مهر مثلها ، وقيمة ولده يوم خرج منها ، مات [٦] الولد قبل الحكم أو بعده فسواء [٧]) [٨]

---

(١) انظر : البدائع ٣٣٨٩/٧ ، والهداية مع الفتح ٤٠٧/٦ ، والتبيين ٦٥/٤

(٢) المراجع السابقة ، وجاء في البدائع : ((وجه قولهما : أنّ هذا القبض معتبر بقبض الغصب ، ثم هناك ينقض البناء فكذا ههنا . ولأنّ البناء ينقض بحقّ الشفيع بالإجماع ، وحقّ البائع فوق حقّ الشفيع بدليل أنّ الشفيع لا يأخذ إلاّ بقضاء ، والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضاء ، فلمّا نقض لحقّ الشفيع فلحقّ البائع أولى .

وجه قول أبي حنيفة : أنه لو ثبت للبائع حقّ الاسترداد لكان لا يخلو إما أن يستردّه مع البناء أو بدون البناء . لا سبيل إلى الثاني ؛ لأنّه لا يمكن ، ولا سبيل إلى الأوّل ؛ لأنّ البناء من المشترى تصرّف حصل بتسليط البائع ، وأنه يمنع النقض كتصرّف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة ؛ لأنّ هناك لم يوجد التسليط على البناء ، وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة .))

(٣) أ : ((ويردّ)) والتصويب من جـ ، د

(٤) والله أعلم : ليس في جـ

(٥) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه * أولد الجارية واستولدها : أحبلها ، كما في المصباح ص ٦٧١

(٦) م : فان مات

(٧) ب : سواء

(٨) مختصر المزني ٢٠٣/٢ . وراجع في المسألة : المهذّب ٢٧٦/٩ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٢١٢/٨ ، والروضة ٤٠٨/٣ ، والمجموع ٣٧٠/٩ ، والحلية للروياني ٧٧/أ

وهذا صحيح . إذا ابتاع جارية بيعا فاسدا ، وقبضها ،[١] فقد ذكرنا أنه لا يملكها بالقبض ، فان[٢] وطئها لم يحدّ[٣] ؛ لأنه وطء شبهة . وتعلّق[٤] بوطئه إذا ردّها خمسة أحكام يختصّ بها ربطا اجتمعت ، وربط تفرّقت[٥] . وهي؛ مهر المثل ، وأرش البكارة، وأرش نقصها بالولادة ، وأجرة مثلها مدّة كونها عنده ، وقيمة ولدها منه .

فأمّا الأوّل ، وهو مهر المثل ، فانها وجب عليه ؛ لأنه وطء سقط فيه الحدّ عنها ، فأوجب المهر لها ، كالوطء[٦] في النكاح الفاسد .

وأمّا أرش البكارة فانها وجب عليه ؛ لأنه إتلاف من جهته ، فكان الأرش في مقابلته . ولا يكون / وجوب مهر مثلها بكرا يغني عن وجوب أرش البكارة ؛ لأنّ المهر في مقابلة الاستمتاع ، والأرش في مقابلة الاستهلاك . فلمّا اختلف سببهما[٧] لم يمتنع[٨] وجوبهما .

١٥٠/ب

فان قيل : أليس لو وطئ بكرا حرّة ، لزمه مهر مثلها بكرا ، ولا يلزمه أرش بكارتها ، فهلّا كانت الأمة كذلك ؟

قيل : لأنّ الأمة مضمونة عليه باليد ، فلزمه أرش البكارة ؛ لوجود النقص[٩] في يده . والحرّة غير مضمونة عليه باليد .

---

(١) ب : وأقبضها
(٢) ب : وان
(٣) جـ : ((لم تحل)) وهو تصحيف
(٤) من جـ ، د . أ : ((ويعلق))
(٥) ب ، جـ : افترقت
(٦) ب : المهر بها كما لو وطئ
(٧) ب : ((نسبهما)) وهو تصحيف
(٨) د : لم يمنع
(٩) د : ((القبض)) وهو تصحيف

وأمّا أرش نقصها بالولادة ، فواجب عليه لضمان يده ، ولحدوث ذلك عن فعله . فلو ماتت في ولادتها ، لزمه قيمتها . وهل تكون في ماله أو على عاقلته؟[١] على قولين[٢] : من اختلاف القولين في العاقلة هل تحمل[٣] ما جنى على العبد؟[٤] .

وأمّا[٥] أجرة مثلها ، فانما وجبت عليه ؛ لأنها مضمونة المنفعة فصارت كالمغصوبة ، إلاّ أن تكون المدّة لا أجرة لمثلها ، فلا يلزمه أجرة .

وأمّا قيمة ولدها فانما وجبت عليه ؛ لأنّ أولادها نماء منها ، وكسب لسيّدها . فلمّا عتقوا على الواطئ ؛ للحوقهم به[٦] في شبهة ملكه[٧] ، وكان[٨] ذلك بسبب[٩] من جهته ، وجبت عليه[١٠] قيمتهم (كالشريك إذا أعتق حصّته من عبد .

وإذا كانت قيمتهم)[١١] واجبة عليه لزمته القيمة عند سقوطهم أحياء[١٢] .

---

(١) تقدم معنى العاقلة في ص : ٨١٥ هامش (٥)

(٢) أصحّها أنها تؤدى من مال عاقلته . انظر : المجموع ٩ / ٣٧٢

(٣) ب : تتحمّل . جـ : يتحمّل

(٤) أصحّها أنها تحمل . المرجع السابق

(٥) ب : فأمّا

(٦) بـه : ساقط من د

(٧) د : ملك

(٨) جـ : فكان

(٩) ب ، جـ : سببا

(١٠) جـ : ((عليهم)) وهو خطأ

(١١) ما بين القوسين ساقط من د

(١٢) ب : ((أجنا)) وهو خطأ

وحكى عن أبي حنيفة [١] : أن عليه قيمتهم حين الترافع إلى القاضي .
وهذا غلط ، لأنها قيمة مستهلك [٢] فاعتبر فيها وقت الاستهلاك ، وقد
استهلكهم بالعتق وقت الولادة ، فوجب أن تلزمه [٣] قيمتهم إذ ذاك ، وقد كان
يقتضى أن تلزمه قيمتهم وقت العلوق ، غير أنّ تلك الحال لا يمكن اعتبار القيمة
فيها ، فاعتبرت [٤] حال الولادة لأنها أوّل أوقات الإمكان . فلو وضعت الولد
ميّتا ، لم تلزمه قيمته ؛ لأنّ الميّت لا قيمة له ، وخالف موت الجنين المضمون
بالغرّة من وجهين :

أحدهما : أنّ في سقوط الجنين بالضرب جناية على الولد [٥] حدث الموت
منها ، فجاز أن يتعلّق الضمان بها ، وليس في الوطء [٦] ههنا جناية على الولد
يحدث [٧] الموت منها [٨] ، فلم يلزمه الضمان .

والثاني : أنّ في الجنين دية مقدّرة في الشرع [٩] يستغني بها عن اعتبار
قيمته ، فوجبت [١٠] مع الموت . وفي ولد هذه الأمة القيمة التي [١١] لا يمكن

---

(١) قلت : لم أجد لهذا القول مرجعا ، ومذهب أبي حنيفة الموجود في كتب أصحابه هو أنّ المشترى لا يضمنهم هنا ، راجع : المبسوط ١٣/٢٢ ، وفتح القدير ٦/٤٦٥ ، والبدائع ٥/٢٤٥٩ ، والفتاوى الهندية ٣/٦٩٦ ، وحاشية ابن عابدين ٣/٦٩٦ .

(٢) ج : مستهلكة

(٣) ج : أن يلزمه

(٤) من ج . وفي سائر النسخ : ((فاعتبر))

(٥) على الولد : أثبته من ج ، وليس في سائر النسخ

(٦) ب : من الواطئ

(٧) ب ، ج : ((بحدوث)) وهو خطأ

(٨) منها : ساقط من ب ، ج

(٩) ب ، ج : بالشرع

(١٠) د : ((فوجب)) خطأ

(١١) التي : ساقطة من ج

اعتبارها مع الموت ، فسقطت معـــه[1] .

- مســـألـة -

قال الشافعي رحمه اللـــه[2] : (ولو كان باعها فسد البيع حـــتّى تردّ[3] إلى الأوّل . فان ماتت[4] فعليه قيمتها ، كانت[5] أكثر من الثمـــن الفاســد[6] أو أقـــلّ .)[7]

إذا قبض الجارية عن بيع فاسد ، لم يجز أن يبيعها ؛ لأنه لم يملكهـــا ، فان باعها فالبيع باطل . وتنتزع[8] من يد المشترى الثانى ، وتردّ علـــى بائعها الأوّل . ويرجع المشترى / الأوّل على البائع[9] بالثمن الذى دفعـــه إليه ، ويرجع المشترى الثانى على المشترى الأوّل بالثمن الذى دفعه إليـــه . ولو باعها الثانى على ثالث ، والثالث على رابع ، فعقود جميعهم باطلة ، وتـــردّ على الأوّل ، ويتراجعون بالأثمان .

(١٥١/أ)

فاذا ثبت هذا ، وكان المشترى الأوّل قد باعها على ثـان[10] ، فلا يخلو حالها من ثلاثة أحوال :

---

(١) راجع فى الفصل : الحلية ١/٧٧أ ، والمهذّب ١/٢٧٦ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٨/٢١٢ ، والمجموع ٩/٣٧٠ .

(٢) ب ، د : رضى الله عنه

(٣) ب : ((يردّ)) خطأ

(٤) ب : ((وان فاتت)) جـ ((فان كانت تالفة)) .

(٥) ب : ((كان)) خطأ

(٦) جـ : ((كان الثمن أكثر من الفاسد)) وهو خطأ

(٧) مختصر المزنى ٢/٢٠٣ . وراجع فى المسألة : المهذّب ١/٢٧٥ ، والتنبيه ص ٦٤ ، والفتح ٨/٢١٣ ، والروضة ٣/٤٠٨ ، والمجموع ٩/٣٧٠ .

(٨) ب ، د : وتنزع

(٩) على البائع : ساقط من جـ

(١٠) من ب ، جـ . وفى أ ، د : ((ثانى)) وهو خطأ

أحدها : أن تكون بحالها أو أزيد .

والثاني : أن تكون قد تلفت .

والثالث: أن تكون قد نقصت .

فان كانت بحالها ، أو أزيد قيمة ، وجب ردّها على الأوّل ، ويتراجعان الثمن [1] على ما مضى .

فان تلفت ، فهي [2] على ظاهر مذهب الشافعي مضمونة ضمان غصب [3] أكثر ما كانت قيمة [4] من حين القبض إلى حين التلف ؛ لأنّ ما حدث من نقص، [5] فهو مضمون كضمان الأصل [6] . وما حدث من زيادة فهو تابع للأصل .

وقال بعض أصحابنا : هو مضمون بالقيمة [7] وقت [8] التلف [9] ، ولا اعتبار بما قبل . بخلاف الغصب ؛ لأنّ في الغصب عدوانا [10] يتغلّظ به الضمان .

والأوّل أصح [11] ؛ لما ذكرناه [12] .

---

(١) الثمن : أثبته من ب ، جـ . وليس في أ ، د

(٢) د : ((وهي)) ويأباه السياق

(٣) د : الغصب

(٤) د : أكثر قيمة

(٥) د : من النقص

(٦) د : ((ضمان)) بدون الكاف

(٧) من جـ : وفي باقي النسخ : القيمة

(٨) د : يوم التلف

(٩) وقاسوه على العارية ، وردّ عليه الشيرازي قائلا ((ويخالف العارية فإن العارية مأذون في إتلاف منافعها ، ولأنّ في العارية لو ردّ العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن ، ولو ردّ المبيع ناقصا ، ضمن النقصان)) المهذّب ٢٧٥/١

(١٠) جـ : ((عددان)) د ((عدوان)) وكلاهما خطأ

(١١) نصّ عليه الشافعي في الأمّ ٢١٩/٣ ، وهو الأصحّ باتفاق الأصحاب وبه جزم الكثيرون ، وفيه وجه ثالث غريب : أنه تعتبر قيمته يوم القبض . انظر: المجموع ٣٧٠/٩

(١٢) ب ، جـ : والأوّل لما ذكرناه أصحّ .

واذا كان كذلك فسواء كانت القيمة أقلّ من الثمن المذكور في العقد ،أو أكثر .

وحكي عن أبي حنيفة أنّ عليه أقلّ الأمرين من القيمة أو الثمن [١] ؛ لأنّ القيمة إن [٢] زادت على الثمن فرضي البائع بالثمن ، سقط [٣] حقّه من الزيادة عليه .

وهذا خطأ ؛ لأنّ العقد إذا فسد بطل اعتبار ما تضمّنه من الثمن ؛ لأنه منوط بعقد سقط حكمه . ولو جاز أن يعتبر الثمن إذا نقص عن القيمة نظرًا للمشتري ،لجاز أن يعتبر الثمن [٤] إذا زاد [٥] على القيمة نظرا للبائع .

فاذا ثبت هذا فلا يخلو حال قيمتها [٦] من ثلاثة أقسام [٧] :

أحدها : أن تستوي قيمتها في يد المشتري الأوّل والمشتري الثاني فيقبضها الأوّل ، وقيمتها ألف درهم . ويقبضها الثاني من الأوّل وقيمتها ألف درهم ،

---

(١) قلت : لم أجد لهذا القول الذي نسبه المؤلف الى أبي حنيفه مرجعا ومذهبه الذي ذكره أصحابه في كتبهم هو أنّ المبيع في البيع الفاسد إذا هلك في يد المشتري بعد القبض فانه يضمنه بالمثل إن كان مثليًا ، وبالقيمة إن كان قيميًا . وتعتبر قيمته يوم القبض وان زادت في يده ؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض فتعتبر به . راجع : المبسوط ٢٢/١٣ ، وفتح القدير ٤٦٤/٦ ، ودرر الحكّام ١٤٧/٢ ، ومجمع الأنهر ٦٦/٢ ، والفتاوى الهنديّة ١٤٧/٣ ، وحاشية ابن عابدين ٩٠/٥ .

(٢) ب ، د : ((اذا)) ج : ((له)) وهو خطأ

(٣) ج : يسقط

(٤) ج : ((المثمّن)) وهو خطأ

(٥) ج : ((زادت)) خطأ

(٦) من ب ، ج . وفي أ ، د : ((قيمته)) خطأ

(٧) أنظر : المجموع ٣٧٢/٩

ثم تموت في يده [١] ، فيكون كلّ واحد منهما [٢] ضامنا لجميع الألف بحقّ بيده .
والمالك بالخيار في أن يرجع على الأوّل أو على الثاني .(فان [٣] رجع بها على الأوّل ،
رجع الأوّل بها على الثاني .) [٣] وان رجع بها [٤] على الثاني ، لم يرجع الثاني بها
على الأوّل .

والقسم الثاني : أن تكون قيمتها في يد الأوّل أكثر من قيمتها في يد
الثاني . كأنّ الأوّل قبضها وقيمتها ألفان ، فنقصت في يده ، حتى صارت قيمتها
ألفا ، ثم قبضها الثاني ، وماتت / في يده ، فيكون ١٥١/ب
الأوّل ضامنا لألفين ، والثاني ضامنا [٥] لألف واحد [٦] ، والمالك بالخيار بين
أن يرجع على الأوّل أو على الثاني . فان رجع على الأوّل ، رجع عليه بألفي درهم ،
ويرجع الأوّل على الثاني بألف منها . وان رجع على الثاني ، رجع [٧] عليه بألف
واحد [٨] ، وهو [٩] قدر قيمتها حين قبضها ؛ لأنّ ما نقص قبل قبضه لا يضمنه ،
ثم يرجع على الأوّل بالألف الثاني [١٠] ، وهو [١١] قدر النقص [١٢] في يده .

---

(١) د : ((في مدّة)) وهو خطأ
(٢) جـ : ((منها)) وهو خطأ
(٣) ما بين القوسين ساقط من د
(٤) بها : ليس في ب
(٥) من جـ . وفي باقي النسخ : ((ضامن)) وهو خطأ
(٦) ب : واحدة
(٧) جـ : يرجع
(٨) أب : "واحدة" والتصويب من جـ د .
(٩) من ب ، جـ . وفي أ ، د : وهي
(١٠) من جـ . وفي باقي النسخ : ((الثانية))
(١١) من ب ، جـ . وفي أ ، د : وهي
(١٢) جـ : ((القبض)) تصحيف

وليس للأوّل أن يرجع بهذه الألف على الثاني ؛ لأنه لم يضمنها . ولا للثاني أن يرجع بالألف التي غرمها على الأوّل ؛ لأن الثاني قد استهلكها .

والقسم الثالث : أن تكون [١] قيمتها في يد الأوّل أقلّ ، وفي يد الثاني أكثر ، كأنّ الأول قبضها وقيمتها ألف ، وسلّمها إلى الثاني ، فزادت قيمتها في يده ، حتى صارت ألفين ، ثم ماتت [٢] ، فيكون كلّ واحد من الأوّل والثاني ضامنا لألفين . أمّا الثاني فلوجود هذه القيمة مضمونة في يده . وأمّا الأوّل فلأنه أصل للثاني ، وضامن [٣] لما خرج عن يده إلى غير مالكه . ويكون المالك بالخيار بين مطالبة الأوّل والثاني [٤] . فإن طالب الأوّل ، رجع عليه بألفين ، (ورجع بها الأوّل على الثاني . وإن طالب الثاني رجع عليه بألفين ، [٥]) ولم يرجع بها الثاني على الأوّل .

فهذا الحكم فيها إن تلفت ، فأمّا إن لم تتلف ، ولكن نقصت [٦] قيمتها ، كأنّ قيمتها كانت ألفين ، فنقصت حتى صارت ألفا ، ثم رُدّت ، فلا يخلو حال هذا النقص إمّا أن يكون [٧] حادثا في يد الأوّل أو الثاني . فإن حدث [٨] في يد الأوّل ، فالألف مضمونة على الأوّل . وللمالك أن يرجع بها على الأوّل ، دون الثاني . وليس للأوّل أن يرجع بها على الثاني .

---

(١) جـ : أن يكون
(٢) من ب ، جـ . وفي أ ، د : ((مات)) خطأ
(٣) من ب ، جـ . وفي أ ، د : ((ضامنا)) وهو خطأ
(٤) ب : أو الثاني
(٥) ما بين القوسين ساقط من جـ
(٦) جـ : ولكن لو نقصت
(٧) ب : من أن يكون
(٨) جـ : حدث النقص

وان [١] حدث النقص في يد الثاني ، فكلّ واحد منهما ضامن لهذا [٢] الألف. والمالك بالخيار في الرجوع بها على أيّهما شاء ، فان رجع بها على الأوّل ، رجع الأوّل بها [٣] على الثاني . وان رجع بها على الثاني ، لم يرجع الثاني بها على الأوّل ؛ لما قدّمنا من التعليل .

ثم الأجرة مستحقّة للمدّة الماضية فما (٤) مضى من المدّة في يد الأوّل لم يجز للمالك أن يرجع به على الثاني . وما مضى من المدّة في يد الثاني كان للمالك أن يرجع به على من شاء من الأوّل أو الثاني [٥] . فان رجع به على الأوّل ، رجع به الأوّل [٦] على الثاني . وان [٧] رجع به على الثاني ، لم يرجع الثاني به على الأوّل . والله أعلم [٨] .

- مسألة - / ١٥٢/أ

قال الشافعي رحمه الله [٩] (ولو اشترى زرعا ، واشترط [١٠] على البائع حصاده ، كان فاسدا) (١١)

---

(١) من ب ، جـ . وفي أ ، د : ((فان)) وهو خطأ

(٢) ب ، جـ : لهذه

(٣) جـ : رجع بها الأوّل

(٤) جـ : ((فيما)) وهو خطأ

(٥) من جـ . وفي باقي النسخ : والثاني

(٦) ب ، جـ : رجع الأول به

(٧) ب : ((فان)) يأباه السياق

(٨) والله أعلم : ليس في ب ، جـ

(٩) ب ، د : رضي الله عنه

(١٠) د : وشرط

(١١) مختصر المزني ٢/٢٠٣ . وراجع في المسألة : الحلية للروياني ٧٧/ب ، والإبانة ١١٥/أ ، والفتح ١٩٥/٨ ، والمنهاج مع المغني ٢/ ٣١ ، والنهاية ٣/ ٤٥٠ ، وشرح المحلّي ٢/ ١٧٧ وحكى في المسألة ثلاث طرق : أصحّها : بطلان البيع والشرط . والثانية : فيهما القولان . والثالثة : يبطل الشرط . وفي البيع قولا تفريق الصفقة .

وهذا صحيح . إذا اشترى منه زرعا بدينار ، على أنّ على البائع[١] حصاده ، قال الشافعي : ((كان فاسدا)) فاختلف[٢] أصحابنا ، فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرّجه على قولين ؛ لأنه عقد واحد قد جمع بيعا واجارة . وقد اختلف قول الشافعي في العقد الواحد إذا جمع شيئين مختلفي الحكم ، كبيع واجارة ، أو بيع وصرف ، فأحد القولين : أنه جائز فيهما جميعا ؛ (لجواز كلّ[٣] واحد منهما على الانفراد ، فجاز مع الاجتماع .

والثاني : أنّ العقد باطل فيهما جميعا[٤]) ؛ لأنّ لكل واحد منهما حكما مخالفا لحكم الآخر ، فلم يصحّا مع الاجتماع لتنافي حكمهما .

وقال سائر أصحابنا : إنّ هذا باطل[٥] قولا واحدا .

واختلفوا في العلّة ، فقال بعضهم : العلّة في بطلانه أنه إذا شرط على البائع حصاده ، فقد صار شرطا في تأخير القبض ، والبيع بشرط تأخير القبض باطل .

وقال آخرون : بل العلّة في بطلانه أنه استأجره على عمل فيما لم يستقرّ ملكه عليه ؛ لأنّ الزرع على هذا القول ، لم يملكه المشتري بعد .

وقال آخرون : بل العلّة في بطلانه أنه[٦] شرط عقدين في عقد فكان في معنى بيعتين في بيعة . وذلك باطل . فلو قال : ((قد ابتعت منك هذا الزرع ، وتحصده لي بدينار)) جاز على هذا التعليل الأخير ؛ لأنه لم يجعل أحدهما شرطا في الآخر . ولم يجز على التعليلين الأولين[٧] .

---

(١) ب : ((للبائع)) خطأ

(٢) جـ : واختلف

(٣) ب : ((كلي)) وهو خطأ

(٤) ما بين القوسين ساقط من جـ

(٥) أ : ((باطلا)) والتصويب من باقي النسخ

(٦) أنه : ساقط من جـ

(٧) ب د : " العلتين الأولتين " . جـ : " العلتين الأوليين ".

وفي[1] معنى هذه المسألة إذا اشترى ثوبا ، وشرط على البائع خياطته ، أو طعاما وشرط عليه طحنه ، أو متاعا وشرط عليه نقله[2] ، فالجواب في جميع ذلك واحد . والله أعلم[3] .

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله[4] : (ولو قال : بعني هذه الصبرة ، كلّ إردبّ[5] بدرهم على أن تزيدني إردبّا ، أو أنقصك إردبّا ، كان فاسدا ، وكلّ ما كان من هذا النحو ، فالبيع فيه فاسد)[6] .

أمّا بيع الصبرة من الطعام جزافا لا يعلم قدر كيلها فجائز[7] ؛ لأنّ الشيء قد يصير معلوما بالصفة تارة ، وبالمشاهدة تارة . وهذه الصبرة وإن لم يتقدّر كيلها بالصفة ، فقد تقدّرت جملتها بالرؤية .

فإن[8] وجد الصبرة على[9] ربوة[10] من الأرض ، أو دكّة[11] ، أو وجد

---

(١) ج : ((في)) بدون الواو

(٢) نقله : ساقط من ج

(٣) والله أعلم : ليس في ج

(٤) ب ، د : رضي الله عنه

(٥) الإردبّ كيل معروف بمصر ، وهو أربعة وستّون منا ، وذلك أربعة وعشرون صاعا بصاع النبيّ صلّى الله عليه وسلّم . أي ما يعادل (٥٢) كيلو غراما بالوزن الحالي . راجع: المصباح ص ٢٢٤ ، والإيضاح والتبيان ص ٧١ .

(٦) انظر : مختصر المزني ٢/ ٢٠٣

(٧) انظر : المهذّب ١/ ٢٧٢ ، والحلية للروياني ٧٧/ب ، وحكى ابن قدامة في مغنيه (٤/ ٩٣) عدم الخلاف في جوازه .

(٨) ب ، ج : ((وإن)) ولا يقبله السياق

(٩) ج : في

(١٠) الربوة - بتثليث الراء - : ما ارتفع من الأرض ، كما في المختار ص ٢٣١ .

(١١) الدكّة - بالفتح - والدكّان : الذي يقعد عليه ، المختار ص ٢٠٨ .

دا خلها عفنا [١] ، أو نديّا ، أو معيبا ، فله الخيار في المقام أو الفسخ [٢] . وقد روى أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم مرّ بسوق الطعام ، فرأى طعاما ، فأدخل يده فيه ، فرأى تحته [٣] نديّا ، فأظهر النداوة ، وقال : ((هكذا /بيعوا [٤] ، ٢ ١٥٢/ب من غشّنا ، فليس منا .)) [٥] وروى في الخبر أنه قال : ((أمرني جبريل أن أدخل يدي فيه .)) [٦]

فلو ابتاع منه [٧] نصف الصبرة ، أو ثلثها ، أو ربعها مشاعا ، وهو لا يعلم مبلغ كيلها ، جاز أيضا ؛ لأنه لمّا جاز ابتياع [٨] جميعها مع الجهل

---

(١) شيء عَفِنٌ : بيّن العفونة ، وعفن من باب طرب : بلى . انظر المختار ص٤٤٢

(٢) قلت : وهذا مبنيّ على جواز هذا البيع ، وفي صحّته ثلاثة طرق . أصحّها : أنه على قولي بيع الغائب . والثاني : القطع بالصّحة . والثالث : القطع بالبطلان ، وهذا ضعيف . راجع : الفتح ١٤٤/٨ ، والروضة ٣٦٧/٣ ، والمجموع ٣١٤/٩ .

(٣) ب : فرأى فيه

(٤) جـ ، د : تبيعوا

(٥) روى من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مرّ على صبرة طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللا فقال : " ما هذا يا صاحب الطعام؟ " قال : أصابته السماء يا رسول الله! قال : " أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غشّ فليس مني " أخرجه مسلم ٩٩/١ واللفظ له ، والترمذي ٦٠٦/٣ ، وأبوداود ٦٠٦/٣ ، وابن ماجة ٧٤٩/٢ .

(٦) هذه الزيادة وردت في حديث أبي داود بلفظ : " فأوحى إليه أن أدخل يدك ".

(٧) د : فلو أنه باع منه .

(٨) جـ : أن يبتاع .

بقدر كيلها ، جاز ابتياع نصفها أو ثلثها ؛ لأنه قدر معلوم من جملة مشاهدة ، فصار كابتياع نصف دار مشاهدة لا يعلم قدر زراعها .[(١)]

فلو ابتاع منه صبرة طعام ، كلّ قفيز بدرهم ، وهما لا يعلمان وقت العقد مبلغ كيلها ، جاز[(٢)] ؛ لأنّ جميع الثمن ، وان كان مجهولا وقت العقد ، فقد عقداه بما يصير به الثمن[(٣)] معلوما بعد العقد .

فلو ابتاع منه عشرة أقفزة من الصبرة على أنّ كلّ قفيز بدرهم ، فان علما أنّ في الصبرة عشرة أقفزة فأكثر جاز البيع[(٤)] .وان جهلا أو أحدهما ، كان البيع باطلا[(٥)] ؛ للشكّ في وجود ما وقع عليه العقد .

فلو ابتاع من الصبرة على أنّ[(٦)] كلّ قفيز بدرهم ، ولم يذكر قدر ما ابتاعه منها بقفزان معلومة ، ولا يجز*[(٧)] معلوم في الجملة ، كنصف أو ثلث ، لم يجز ، وكان[(٨)] البيع باطلا ، لأنّ ما تناوله العقد منها مجهول*[(٩)]

---

(١) انظر : المهذّب ١/ ٢٧٢ ، والحلية للروياني ٧٧/ب ، والروضة ٣/ ٣٥٩

(٢) وفي وجه : لا يصحّ ، قاله أبو الحسين بن القطّان ، وهو وجه شاذّ ضعيف. انظر : الروضة ٣/ ٣٦٦ ، والمجموع ٩/ ٣١٣ ، قلت : وبالجواز قال مالك وأحمد ، وأبو يوسف ، ومحمّد أيضا وقال أبو حنيفة : يصحّ في قفيز واحد ، ويبطل فيما سواه ؛ لأنّ جملة الثمن مجهولة. انظر : المغني لابن قدامة ٤/ ٩٧ ، ورحمة الأمة ص ١٣٢ .

(٣) ب : الثمن به

(٤) باتفاق الأئمة الأربعة - وحكي عن داود أنه لا يصحّ ، لأنه غير مشاهد ولا موصوف . أنظر : المرجعين السابقين .

(٥) وفي وجه - وهو المنصوص - : أنه يصحّ . أنظر الفتح ٨/ ١٣٧ ، والروضة ٣/ ٣٦٠

(٦) ب : بدون ((أنّ)) جـ : بدون ((على أنّ))

(٧) جـ : ((ولا يجوز)) وهو تصحيف

(٨) جـ : ((ولم يجز فكان)) خطأ

* أب : ((مجهولا)) خطأ .

(٩) انظر : الفتح ٨/ ١٤٣ ، والروضة ٣/ ٣٦٦ ، والمجموع ٩/ ٣١٣ .

وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا [(١)]: أنّ البيع يجوز في قفيز منها ، ويبطل فيما سواه . وهو قول من ذهب في الإجارة إلى أنه إذا استأجر دارا كلّ شهر بدينار أنه يجوز العقد في الشهر الأوّل ، ويبطل فيما سواه [(٢)] .

ومذهب الشافعي أنّ [(٣)] العقد يبطل في جميع الصبرة [(٤)] ، وجميع الإجارة ؛ لأنّ ذكر القفيز من الصبرة ، والشهر [(٥)] في الإجارة ، إنما هو لتقدير الثمن والأجرة ، لا لتقدير المعقود عليه [(٦)] من الجملة .

ولكن لو قال : قد بعتك من [(٧)] هذه الصبرة قفيزا [(٨)] بدرهم ، وما زاد فبحسابه [(٩)] ، صحّ البيع في القفيز الواحد ؛ لوقوع العقد عليه ، وتقدير البيع [(١٠)] به ، وبطل [(١١)] فيما سواه . وكذا لو قال : "قد أجرتك [(١٢)] هذه الدار

---

(١) قاله ابن سريج ، وهو وجه ضعيف . انظر : المراجع السابقة .

(٢) وبه قال الشافعي في الإملاء ، وهو محكيّ عن ابن سريج ، ودليله : أنّ الشهر الأوّل معلوم ، وما زاد مجهول ، فصحّ في المعلوم ، وبطل في المجهول ، انظر : المهذّب ١/٤٠٣ ، والتنبيه ص ٨٤ ، والفتح ١٢/٣٤٣ .

(٣) أنّ : ساقط من جـ

(٤) وبه جزم الروياني في الحلية ٧٧/ب

(٥) ب ، جـ : وذكر الشهر

(٦) د : ((المعهود عليه)) وهو تصحيف

(٧) د : ((قد بعت منك)) وهو خطأ

(٨) أ ، د : ((قفيز)) والتصويب من ب ، جـ

(٩) جـ : ((بحسابه)) بدون الفاء ، وهو خطأ

(١٠) أ : ((البيع)) والتصويب من ب ، جـ ، د

(١١) ب : ويبطل

(١٢) د : ((أجرتك)) بدون قد

شهرا بدرهم [١] ، وما زاد على الشهر ، فبحسابه [٢] " صحّت الإجارة في الشهر، وبطلت فيما سواه [٣] .

فلو ابتاع قفيزا من صبرة بدرهم ، فتلفت الصبرة إلاّ قفيزا منها ، ففيه وجهان [٤] :

أحدهما : أنّ البيع يتعيّن في القفيز الباقي [٥] ، فيصير كله مبيعا ، ويصحّ العقد فيه .

والوجه الثاني : أنّ التالف من الصبرة ، هو تالف من القفيز المبيع ، ومن سائر الصبرة ، فيبطل من بيع [٦] القفيز بقسط [٧] ما تلف من الصبرة . ويكون الباقي منه على تفريق الصفقة ، إذا كان لمعنى حادث بعد العقد . فهذه مقدّمة ذكرناها تفريعا على مسألة الكتاب .

- فصل -

فأمّا مسألة الكتاب . فصورتها أن يقول : قد ابتعت منك هذه الصبرة ، كلّ قفيز بدرهم ،على أن تزيدني قفيزا ، أو أنقصك قفيزا / فها هنا ١٥٣/أ ثلاث [٨] مسائل [٩] :

---

(١) بدرهم : ساقط من د

(٢) جـ : بحسابه

(٣) انظر : المهذّب ٤٠٣/١ ، والفتح ٣٤٧/١٢

(٤) انظر : الفتح ١٣٦/٨ ، والروضة ٣٦٠/٣ وقالا عن الوجه الثاني بأنه المذهب ، وبه قطع الجمهور .

(٥) د : ((الثاني)) وهو تصحيف

(٦) ب : ((في بيع)) وهو خطأ

(٧) جـ : ((بقسطه)) .

(٨) ب : ((ثلاثة)) وهو خطأ

(٩) راجع فيها : الإبانة للفوراني ١١٥/ب ، والفتح ٢٠٩/٨ ، والروضة ٤٠٦/٣ ، والمجموع ٣١٤/٩ .

إحداهن : أن يجمع في شرطه بين ذكر الزيادة والنقصان من غير أن يقتصر على أحدهما ، فيكون العقد باطلا ؛ لأنه إذا [١] لم يقتصر بالشرط على أحدهما ، صار [٢] الثمن مجهولا ؛ لأننا إن أثبتنا الزيادة صار كلّ قفيز وشيء بدرهم . وإن أثبتنا النقصان صار كلّ قفيز إلاّ شيء بدرهم ، فلم يجز أن يصحّ العقد ، مع هذه الجهالة [٣] .

والمسألة الثانية : أن يقول : قد ابتعت منك هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم ، على أن تزيدني قفيزا . فهذا على ضربين : أحدهما أن يجهلا كيل الصبرة . والثاني : أن يعلماه . فإن جهلا كيل الصبرة فالبيع باطل ؛ لأنّ الصبرة إن [٤] كانت عشرة أقفزة ، كان كلّ قفيز [٥] (وعشر بدرهم . وإن كانت خمسة أقفزة كان كلّ قفيز) [٥] وخمس بدرهم ، فيفضي ذلك إلى جهالة الثمن الذي يبطل معه العقد .

وإن علما كيل الصبرة [٦] ، وأنها عشرة أقفزة ، فإن كان القفيز الذي استزاده [٧] غير مشاهد لم يجز . وإن كان مشاهدا ، أو من صبرة مشاهدة ،

---

(١) إذا : ساقط من د

(٢) د : ((فصار)) ويأباه السياق

(٣) ذكر النووي عدم الخلاف في بطلانه . انظر: المجموع ٩/ ٣١٥ .

(٤) أ ، د : ((وإن)) وهو خطأ ، والتصويب من ب ، جـ

(٥) ما بين القوسين ساقط من د

(٦) جاء في المجموع ٩/ ٣١٤ : ((إن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصحّ البيع بلا خلاف ، وإن كانت معلومة فوجهان مشهوران : أصحّهما : يصحّ ، وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالي والبغوي والرافعي ومعظم الخراسانيين والثاني : لا يصحّ ، رجّحه الشيخ أبو حامد والروياني . والمذهب الصحّة)) اهـ باختصار .

(٧) أ ، د : ((اشتراه)) وهو خطأ ، والتصويب من ب ، جـ .

فلايخلو حال القفيز المستزاد من أن يجعلاه هبة أو مبيعا ، أو يطلقا . فإن جعلاه هبة بطل البيع [١] ؛ لأنه بيع بشرط الهبة فصار كقوله : ((قد ابتعت دارك هذه بألف ، على أن تهب لي هذا العبد [٢])) فيبطل البيع والهبة . وإن جعلا القفيز المستزاد [٣] مبيعا لا هبة ، صحّ البيع ؛ لأنه يصير مبتاعا [٤] لأحد عشر قفيزا بعشرة دراهم ، كلّ قفيز وعشر بدرهم . وإن أطلقا ذكر القفيز المستزاد [٥] ، فقد اختلف أصحابنا هل [٦] ينصرف إطلاقه إلى الهبة أو البيع ؟ [٧] على وجهين [٨] :

أحدهما : أنه ينصرف إلى الهبة لأنه أغلب حالي الشرط . فعلى هذا يكون البيع باطلا ، كما لو شرطه [٩] لفظا .

والثاني : أنه ينصرف إطلاقه إلى البيع دون الهبة ؛ لأنّ إطلاق الشروط محمول [١٠] على حكم ما شرطت فيه . فعلى هذا يكون البيع صحيحا كما لو شرطه لفظا .

والمسألة الثالثة : أن يقول : ((قد بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، على أن أنقصك قفيزا)) فإن كانا أو أحدهما يجهل كيل الصبرة ، كان البيع

---

(١) انظر : أسنى المطالب ٢ / ٣٦

(٢) ب : ((هذا العقد)) تصحيف

(٣) أ : ((المشترى)) والتصويب من باقي النسخ .

(٤) جـ : ((مشاعا)) وهو تصحيف

(٥) أ ، د : ((المشترى)) والتصويب من ب ، جـ

(٦) ب ، جـ : ((فهل)) ويأباه السياق

(٧) ب ، جـ ، د : أو إلى البيع

(٨) وجزم الشيخ زكريا الأنصاري في أسنى المطالب (٢ / ٣٦) ببطلان البيع هنا من أجل الإبهام .

(٩) جـ : اشترطه

(١٠) ب : محمولة .

باطلا ؛ لما ذكرنا من التطليل المفضي إلى جهالة الثمن . وان[1] علما كيل الصبرة ، وأنها عشرة أقفزة ، كان البيع صحيحا[2] ؛ لأنه يصير بائعا لكلّ قفيز إلاّ عشر بدرهم[3] . والله أعلم .[4]

- مسألة -

قال الشافعي رحمه الله :[5] (ولو اشترط في بيع السمن أن يزنه بظروفه[6] ، ما جاز ، وان كان على أن يطرح منه[7] وزن الظروف جاز)[8] .

وهذا كما قال - وفي هذا[9] الفصل مسائل ، فمنها : أنه إذا ابتاع سمنا ، أو غيره من الذائبات جزافا ، في ظروفه[10] ، جاز البيع[11] إذا فتح

---

(١) ب : ((فان)) ويأباه السياق

(٢) قلت : هذا هو الوجه الصحيح الذي قطع به العراقيون ، والجمهور من غيرهم ؛ وفيه وجه : أنه لا يصحّ البيع مع العلم أيضا . انظر : المجموع ٩/ ٣١٥

(٣) جـ : ((عشر د رهم)) وهو خطأ

(٤) والله أعلم : ليس في جـ

(٥) ب ، د : رضي الله عنه

(٦) د : في ظروفه

(٧) م : عنه

(٨) مختصر المزني ٢/ ٢٠٣ . وراجع في المسألة : المهذّب ١/ ٢٧٢ ، والإبانة ١١٥/ب ، والروضة ٣/ ٣٧٤ ، والمجموع ٩/ ٣١٩ .

(٩) جـ : ((وهذا)) بسقوط ((في)) .

(١٠) د : في ظرفه

(١١) قال النووي : وسواء عرفا الوزن أم لا ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . قال الروياني : وحكى بعض أصحابنا الخراسانيين قولين فيما إذا لم يعلما الوزن . قال : وليس هذا بشيء . انظر المجموع ٩/ ٣١٩

الظرف [١] وشاهد ما فيه [٢]، أو بعضه. كما يجوز / بيع الصبرة التي لا يعلم ١٥٣/ب قدر كيلها . وكذا لو ابتاع [٣] نصف ما في الظرف جزافا أو ربعه [٤] جاز أيضا كالصبرة [٥] .

والمسألة الثانية : أن يبتاع منه [٦] السمن مع ظروفه موازنة كل منّ بدرهم ، فإن [٧] كانا قد علما وقت العقد وزن السمن ووزن الظرف جاز ؛ (لأنهما إذا علما أن وزنه مائة منا [٨] ، وأنّ وزن الظرف منها عشرة أمنا ، فقد تبايعا تسعين منا سمنا [٩] بمائة درهم ، كل منا [١٠] إلا عشر [١١] بدرهم .) [١٢] وان جهلا ذلك وقت العقد أو جهله أحدهما ، أو علما وزن السمن دون الظرف ، أو وزن الظرف دون السمن فالبيع باطل ؛ للجهالة بثمن ما تبايعاه من السمن [١٣] .

---

(١) ب ، جـ :" الظروف " د : " فسخ الظرف " وهو تصحيف

(٢) جـ : ما فيها

(٣) د : لو باع

(٤) جـ : " أو بعضه "تصحيف .

(٥) د :" كالعشرة " تصحيف .

(٦) منه : ليس في جـ

(٧) جـ : " وان " ويأباه السياق .

(٨) جـ : " منّ " قال النووي في المجموع ٩ / ٣١٨ : " المنا على وزن العصا ، هو رطلان بالبغدادي ، وفيه لغة ضعيفة (منّ) بتشديد النون " .

(٩) من جـ : وفي باقي النسخ « سمن » ، وهو خطأ .

(١٠) من ب ، وفي باقي النسخ : من

(١١) جـ : إلاّ عشرة

(١٢) ما بين القوسين تكرر في د

(١٣) قلت : هذا هو الوجه الصحيح المشهور لدى الشافعية ، وبه جزم أكثرهم . وهناك وجهان آخران . أحدهما : أنّ البيع ههنا يصحّ مطلقا ، وهو الأصحّ عند البغوي ، واختاره ابن الصبّاغ . قالوا : لأنّ جملة المبيع مرئية .

= =

والمسألة الثالثة : أن يتبايعا السمن موازنة في ظرفه ، ويشترطا إندار[١] الظرف بعد وزنه ، فهذا بيع جائز[٢] ؛ لأنّ الذائب لا يستغني عن ظرف ، وليس يمكنه موازنته[٣] إلاّ هكذا . فأمّا إذا ابتاع منه جامدا في ظرفه[٤] موازنة بشرط إندار الظرف[٥] كالدقيق والطعام ونحوهما ، ففيه وجهان[٦] :

أحدهما : أنه لا يجوز ؛ لاستغناء الجامد عن ظرف يوزن معه . وهذا مقتضى تعليل أبي إسحاق المروزي .

والثاني : يجوز[٧] ؛ لأنه قد يصير بعد إندار الظرف[٨] معلوم القدر كالسمن[٩] . وهذا مقتضى تعليل أبي علي بن أبي هريرة .

== والثاني : أنه لا يصحّ مطلقا ، حكاه البغوي وغيره ؛ لأنّ المقصود السمن وهو مجهول .

قال النووي بعد أن ذكر الأوجه المذكورة : " قال أصحابنا : وصورة المسألة أن يكون للظرف قيمة ، فان لم يكن له قيمة ، لم يصحّ البيع بلا خلاف ؛ لأنه شرط عليه ما لا قيمة له وأخذ الثمن في مقابلة وزنه " انظر المجموع ٩ / ٣١٩

(١) أندره : أسقطه ، كما في المختار ص ٦٥٢

(٢) وقد فصّل الروياني وغيره من الأصحاب فقالوا : إن كانا عند العقد عالمين قدر وزن الظرف ، وقد رقسطه ، صحّ البيع . وان جهلاه أو أحدهما ، لم يصحّ ؛ لأنهما لا يعلمان هل يكون المسقط درهمين فيكون الثمن عشرة ، أو أقلّ ، أو أكثر . انظر : المجموع ٩ / ٣٢٠ .

(٣) ب ، جـ : " يمكنه بيعه موازنة " .

(٤) من ب ، جـ . وفي أ ، د : وظرفه .

(٥) ب : الظروف

(٦) ذكرهما النووي في المجموع ٩ / ٣٢١ نقلاً عن الماوردي والروياني ، وقال عن الوجه الثاني بأنه مقتضى كلام الأصحاب ، وهو الصواب ؛ إذ لا مفسدة فيه ، ولا غرر ، ولا جهالة .

(٧) جـ : ((لا يجوز)) وهو خطأ

(٨) ب ، جـ : ظرفه

(٩) كالسمن : أثبته من ب ، جـ . وليس في أ ، د

- مسألة -

قال الشافعي[١] : (ولو شرطا[٢] الخيار في البيع[٣] أكثر من ثلاث بعد التفرّق[٤] فسد البيع .)[٥]

قد مضت[٦] هذه المسألة في باب خيار المتبايعين[٧] بما فيه[٨] مقنع . وأمّا إذا شرط[٩] خيار ثلاثة أيّام فما دون فيجوز اشتراطه في العقد لهما أو لأحدهما .

وفي ابتداء زمانه وجهان[١٠] :

أحدهما : من وقت العقد . فعلى هذا إذا شرطاه من بعد التفرّق لم يجز ؛ [١١]لأنه يصير الخيار[١٢] على هذا الوجه أكثر من ثلاث[١٣] .

---

(١) ب ، د : الشافعي رضي الله عنه

(٢) جـ ، د : ((ولو شرط)) ب، م : ((ولو اشترط))

(٣) د : ((في المبيع)) وهو تصحيف

(٤) ب : ((التفريق)) تصحيف

(٥) انظر : مختصر المزني ٢/٢٠٤

(٦) جـ : وقد مضت

(٧) انظر : ص ٢٦٨ ومابعدها .

(٨) د : ما فيه

(٩) جـ : ((فاذا)) بدون أمّا .

(١٠) أصحّهما الوجه الأول . انظر : الفتح ٨/٣١٣ وبه قال ابن الحدّاد ؛ لأنّ ثبوته بالشرط ، والشرط وجد في العقد ، والروضة ٣/٤٤٤ ، والمنهاج مع المغني ٢/٤٨ .

(١١) يبطل العقد والشرط للجهالة : وفي ((وجه)) : أنهما يصحّان . انظر : الفتح ٨/٣١٣ ، والروضة ٣/٣٤٥ .

(١٢) د : ((بالخيار)) وهو خطأ

(١٣) د : ثلاثة .

والوجه الثاني : وهو ظاهر مذهب الشافعي - أنّ أوّل زمان خيار الثلاث من بعد الافتراق ؛ لأنهما خياران ثبت أحدهما شرطا ، وثبت الآخر شرطا فلم يتداخلا ؛ لاختلاف[1] موجبهما . فعلى هذا لو شرطا خيار الثلاث أن يكون من وقت العقد كان على وجهين[2] خرّجهما أبو اسحاق المروزي . ويجب أن يكونا مخرّجين من اختلاف الوجهين في البيع إذا شرطا فيه إسقاط[3] خيار المجلس (لأنهما إذا شرطا خيار الثلاث من وقت العقد ، فقد أسقطا خيار المجلس)[4] . والله[5] أعلم بالصواب[6] .

* * *

---

(١) لاختلاف : ساقط من ب ما سوى الحرف الأخير منه .

(٢) انظر : المهذّب ٢٦٦/١ وفيه : ((أحدهما : يصحّ ؛ لأنّ ابتداء الوقت معلوم . والثاني : لا يصحّ ؛ لأنه شرط ينافي موجب العقد ، فأبطله)) ، والفتح ٣١٤/٨ أصحّهما : صحّة العقد والشرط ، والروضة : ٤٤٥/٣ .

(٣) إسقاط : ساقط من د

(٤) ما بين القوسين ساقط من جـ

(٥) جـ : ((والله تعالى)) .

(٦) بالصواب : ليس في ب ، جـ ، د

ملحوظة

انتهى المجلد الثاني ويبدأ المجلد الثالث من باب النهي عن بيع الغرر وعن عسب الفحل (ص ١١١٦) .